



Quaestio facti

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning



2023 | N. 4

ISSN: 2604-6202

ENSAYOS

The specific evidence rule. Reference classes — individuals — personal autonomy, Kyriakos N. Kotsoglou

Réquiem por la carga de la prueba, Jordi Nieva-Fenoll

Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in)definición del thema probandum, Sebastián Bravo Ibarra

Homicidio, infidelidade e sujeira em quartos de hotel: problemas de significado probatório, Eliomar da Silva Pereira

Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira, Caio Badaró Massena

Acerca del irreductible ámbito de subjetividad en la formulación y aplicación de los estándares de prueba, Manuel A. Calderón Meynier

«Intime conviction» in Germany. Conceptual Foundations, Historical Development and Current Meaning, Kai Ambos

Probable cause y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria, Lorena Bachmaier Winter

Explorando el razonamiento probatorio en Chile. Un estudio preliminar de las intuiciones judiciales sobre el daño, Jonatan Valenzuela Saldías

CONJETURAS Y REFUTACIONES

The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights, Sarah J. Summers

CIENCIA PARA EL PROCESO

La prueba grafotécnica: fundamentos, validez y fiabilidad, Sergio Luis Cando Shevchukova

IURIS PRUDENTIA

Identidad de género, identificación y prueba. Algunas reflexiones a propósito del Caso SUP-JDC-304/2018 y acumulados, Marianela Delgado Nieves

Qf

Quaestio *facti*

Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio
International Journal on Evidential Legal Reasoning

N. 4 (1) | 2023

www.quaestiofacti.com

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© CÁTEDRA DE CULTURA JURÍDICA

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISSN: 2604-6202

Depósito legal: M. 3.518-2020

Fotocomposición: Ene Estudio

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2022

DIRECTORES

Diego Dei Vecchi
Universitat de Girona, España

Jordi Ferrer Beltrán
Universitat de Girona, España

COMITÉ DE REDACCIÓN

Daniela Accatino
Universidad Austral de Chile, Chile

Daniel González Lagier
Universidad de Alicante, España

Edgar Aguilera
Universidad Autónoma del Estado de México.
Universitat de Girona, España

Carmen Vázquez
Universitat de Girona, España

COMITÉ EDITORIAL

Christian Dahlman
Lund University, Suecia

Antonio Manzanero
Universidad Complutense de Madrid, España

Mauricio Duce
Universidad Diego Portales, Chile

Paul Roberts
University of Nottingham, Reino Unido

Mercedes Fernández
Universidad de Alicante, España

Sarah Summers
University of Zurich, Suiza

Raymundo Gama
Instituto Tecnológico Autónomo de México

Giovanni Tuzet
Università Bocconi, Italia

Ho Hock Lai
National University of Singapore, Singapur

Jonatan Valenzuela
Universidad de Chile, Chile

CONSEJO ASESOR

- Ronald Allen
Northwestern University, EEUU
- Amalia Amaya
Universidad Nacional Autónoma de México, México
- Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo Español
- José María Asencio
Universidad de Alicante, España
- Lorena Bachmaier
Universidad Complutense de Madrid, España
- Zhang Baosheng
University of Political Science and Law (CUPL),
China
- Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Lorenzo Bujosa
Universidad de Salamanca, España
- Rodrigo Coloma
Universidad Alberto Hurtado, Chile
- Margarita Diges
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Gary Edmond
University of New South Wales, Australia
- Luigi Ferrajoli
Università degli Studi di Roma, Italia
- Paolo Ferrua
Università degli Studi di Torino, Italia
- Marina Gascón
Universidad de Castilla-La Mancha, España
- Joaquín González
Universidad Autónoma de Madrid, España
- Susan Haack
University of Miami, EEUU
- Juan Igartua
Universidad del País Vasco, España
- John Jackson
University of Nottingham, Reino Unido
- Larry Laudan
University of Texas, EEUU
- Giuliana Mazzoni
University of Hull, Reino Unido
- Dale Nance
Case Western Reserve University, EEUU
- Jordi Nieva-Fenoll
Universitat de Barcelona, España
- Eduardo Oteiza
Universidad Nacional de La Plata, Argentina
- Andrés Páez
Universidad de los Andes, Colombia
- Jairo Parra Quijano
Universidad Libre, Colombia
- Catherine Piché
Université de Montréal, Canadá
- Joan Picó i Junoy
Universitat Pompeu Fabra, España
- Geraldo Prado
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
- Giovanni Priori
Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
- Vitor Lia de Paula Ramos
Uniritter, Brasil
- Frederick Schauer
University of Virginia, EEUU
- Paulo de Sousa Mendes
Universidade de Lisboa, Portugal
- Michele Taruffo
Università degli studi di Pavia, Italia
- William Twining
University College of London, Reino Unido
- Giulio Ubertis
Università Cattolica del Sacro Cuore, Italia
- Alan Uzelac
University of Zagreb, Croacia
- Adrian Zuckerman
University of Oxford, Reino Unido

ÍNDICE

ENSAYOS

| | |
|--|-----|
| KYRIAKOS N. KOTSOGLU, <i>The specific evidence rule. Reference classes — individuals — personal autonomy</i> | 11 |
| JORDI NIEVA-FENOLL, <i>Réquiem por la carga de la prueba</i> | 39 |
| SEBASTIÁN BRAVO IBARRA, <i>Lenguaje, lógica y algunas repercusiones de la (in) definición del thema probandum</i> | 61 |
| ELIOMAR DA SILVA PEREIRA, <i>Homicídio, infidelidade e sujeira em quartos de hotel: problemas de significado probatório</i> | 95 |
| CAIO BADARÓ MASSENA, <i>Erro judiciário e reconhecimento de pessoas: lições extraídas da experiência brasileira</i> | 123 |
| MANUEL A. CALDERÓN MEYNIER, <i>Acerca del irreductible ámbito de subjetividad en la formulación y aplicación de los estándares de prueba</i> | 145 |
| KAI AMBOS, « <i>Intime conviction</i> » in Germany. <i>Conceptual Foundations, Historical Development and Current Meaning</i> | 167 |
| LORENA BACHMAIER WINTER, <i>Probable cause y la Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense: una garantía tan imprecisa como necesaria</i> ... | 191 |
| JONATAN VALENZUELA SALDÍAS, <i>Explorando el razonamiento probatorio en Chile. Un estudio preliminar de las intuiciones judiciales sobre el daño</i> | 221 |

CONJETURAS Y REFUTACIONES

| | |
|--|-----|
| SARAH J. SUMMERS, <i>The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial: Truth, Proof, and Rights</i> | 249 |
|--|-----|

CIENCIA PARA EL PROCESO

| | |
|---|-----|
| SERGIO LUIS CANDO SHEVCHUKOVA, <i>La prueba grafotécnica: fundamentos, validez y fiabilidad</i> | 275 |
|---|-----|

IURIS PRUDENTIA

| | |
|---|-----|
| MARIANELA DELGADO NIEVES, <i>Identidad de género, identificación y prueba. Algunas reflexiones a propósito del Caso SUP-JDC-304/2018 y acumulados</i> | 307 |
|---|-----|

ENSAYOS

THE SPECIFIC EVIDENCE RULE. REFERENCE CLASSES — INDIVIDUALS — PERSONAL AUTONOMY

Kyriakos N. Kotsoglou

Associate Professor in Law

Northumbria University Newcastle upon Tyne, U.K.

kyriakos.kotsoglou@northumbria.ac.uk

ABSTRACT: This paper grapples with the issue of naked statistical evidence in general and the reference class problem (RCP) in particular. By analysing the reasoning patterns underlying the RCP, I will show, first, that the RCP rests on theoretical presuppositions which we are by no means bound to accept. Such a presupposition is, what I will call, the wholesale approach in decision-making. Secondly, I will show that the very effort to increase the level of precision to a maximum so that a reference class contains a single member only is theoretically inconsistent insofar, as it deprives reference classes of their general (and thus scientific) character. Thereupon, I will argue, thirdly, that the decision to enact a specific evidence rule is a political one and reflects deep moral and jurisprudential values, not scientific propositions. Such a value is personal autonomy, which I go on to illuminate briefly. Whether the trier of fact will treat cases in a wholesale approach or not depends on constitutional arrangements and legal values putting emphasis on the individual and the latter's dignity.

KEYWORDS: reference class problem, individualisation, specific evidence, discretion, personal autonomy, statistical inferences.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION: 1.1. Uncertainty about the Value of Probabilistic Evidence. 1.2. Is There a «Specific Evidence Rule»?— 2. THE REFERENCE CLASS PROBLEM: 2.1. The RCP as a Paradox. 2.2. Formal Logic. 2.3. Reference Classes and Individuals. 2.4. Fallibilism.— 3. THE VALUES OF LAW: 3.1. The Values of Criminal Law. 3.2. Personal Autonomy as a Legal Value. 3.3. Discretion. 3.4. *Specific Evidence* and *Direct Evidence*.— 4. OUR CRAVING FOR GENERALITY.— 5. CONCLUSIONS.— BIBLIOGRAPHY.

«This requirement that evidence should focus on the defendant must be taken to be a rule of law relating to proof distinct from the general rule governing the quantum of proof.»

Glanville Williams

1. INTRODUCTION

1.1. Uncertainty about the Value of Probabilistic Evidence

There has been a long discussion on the aptness and usefulness of formal methods in general and numerical methods in particular in criminal adjudication. At its core, the discussion pivots around the requirements, quantitative or qualitative in nature, for sufficient proof of guilt. To what extent does (accurate) statistical evidence yield a specific inference to the individual (defendant) and warrant a criminal verdict?

A series of recent cases concerning the use of the most prominent member of statistical evidence, DNA profiles, exemplify the tension around the evidential rules regarding the sufficiency of a sole item of evidence. Can DNA evidence provide a safe basis for a criminal conviction? For example in England and Wales, the Court of Appeal seems to be oscillating between its original position¹, according to which DNA as a sole item of evidence provides an *insufficient* basis for conviction, and the latter's diametric opposite proposition, according to which «there is no evidential or legal principle which prevents a case solely dependent on the presence of the defendant's DNA profile on an article left at the scene of the crime being considered by a jury»².

Legal uncertainty remains thus as regards the evidential value of DNA profiles and statistically analysed evidence more generally. Can a probabilistic piece of evidence like the grenade firing pin in *Jones*, the scarf in *Ogden* or the balaclava in *Grant*, even when taken at their *Galbraith* highest, provide sufficient evidential support to the *probandum*? Can statistical evidence warrant an inference to the specific individual? It is not clear what the law on that matter is both in England and Wales and in other jurisdictions nor what the solution to the problem should be.

¹ See *R v Lashley*—unreported; CPS Policy Directorate, Guidance on DNA Charging, 2004, implemented in *R v Grant* [2008] EWCA Crim 1890; *R v Ogden* [2013] EWCA Crim 1294; *R v Bryon* [2015] EWCA Crim 997).

² *R v Tsekiri* [2017] EWCA Crim 40 at 21). For the *Tsekiri*-type of cases probative sufficiency of evidence is thus to be determined in relation to a non-exhaustive list of surroundings facts of the case. The open texture of the abovementioned list makes it difficult to determine whether a certain combination of elements should constitute a case to answer and provide a safe basis for conviction, especially in view of the *Tsekiri*-test according to which «each case will depend on its own facts». Recently, however, the same Court of Appeal has signified—although not in an entirely clear way—that we cannot single out the defendant/appellant as the source of the DNA to the exclusion of all others when we lack individualistic evidence (see *R v Jones (William Francis)* [2020] EWCA Crim 1021 (03 Aug 2020). See also Kotsoglou and McCartney (2021, p. 135-140).

1.2. Is there a «Specific Evidence Rule»?

One should not think that the problem of applying naked statistical evidence to the individual case is some idiosyncratic, theoretically cryptic or rather uncommon feature of criminal adjudication. For example, the ENFSI³ in its recent roadmap understands biometrics as a technique which «allows a person to be *individualised* and authenticated, based on a set of recognisable and verifiable data, which are very distinctive»⁴. More fundamentally, as the abovementioned document made clear, «pattern recognition of features of comparison for individualisation and source attributions»—what is widely known as S.A.D. (Source Attribution Determination)—is still to be counted among the «fundamentals in forensic science»⁵. This policy document echoes thus the forensic science's credo, *i.e.*, individualisation—Kirk (1963, p. 236) dubbed individualisation the «essence of forensic science»— and manifests the latter's ubiquitous character. As Paul Roberts (2007) remarked, the reference class problem (hereafter: RCP⁶) is despite its «mathematical connotations [...] pervasive in legal adjudication, and will have been encountered in some form or another by every legal practitioner and scholar of legal procedure» (p. 243).

From Justice Antonin Scalia, who noted that statistical evidence «is worlds away from “significant proof”»⁷, over the German Federal Labour Court, which held that statistical data (in that case: a Monte-Carlo Simulation) is not conclusive for the individual case⁸, to the U.S. Court of Appeals (Second Circuit), which regarded the application of naked statistical evidence to the individual as «surmise» and made clear that the latter «will not of course substitute for specific proof»⁹, several higher courts in Western jurisdictions have continuously and consistently quashed decisions which were based entirely on naked statistical evidence. We seem to be able to detect the outlines of a hitherto not clearly articulated «specific evidence rule».

At the same time, our main question remains unanswered: What *is* the evidential weight of statistical evidence? And how do we resolve the conflict between higher courts (at least in the jurisdictions identified above) requiring «specific evidence», on

³ The European Network of Forensic Science Institutes [ENFSI] comprises more than seventy forensic Institutes from European countries (including the U.K.), whose overarching goal is to «ensure that the quality, development and delivery of forensic science throughout Europe is at the forefront of the world». See ENFSI, Vision of the European Forensic Science Area 2030.

⁴ *Ibid.*, § 1.1. (emphasis added).

⁵ *Ibid.*, § 1.3.

⁶ As I will show the RCP is a theoretical account of the practice of individualisation.

⁷ *Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes et al.*, 564 U.S. 338 (2011), Opinion (Scalia), at 14.

⁸ Although there was no mention of the reference class problem *eo nomine* in the decision, the Federal Court raised once again questions of sufficiency of proof by making clear that proof of unlawful behaviour hinges on «statistical data being conclusive for the employer in question», to wit: on specific evidence. Federal Labour Court [2009] — 8 AZR 1012/08, § 68.

⁹ *United States v Shonubi*, 998 F 2d 84 (2d Cir. 1993) [*Shonubi II*], at 16.

the one hand, and the practice of regarding the individualisation of naked statistical evidence as part and parcel of free assessment of evidence, on the other? Surely, it would be a legalistic fallacy to assume that the «specific evidence rule» *is* conceptually and evidentially sound in England let alone elsewhere simply because for example the Court of Appeal (E+W) stresses that probabilistic statements warrant no conclusion «in relation to the individual case»¹⁰. As Judith J. Thomson (1986) put it concisely, «[f]riends of the idea that individualized evidence is required for conviction have not really made it clear why this should be thought true» (p. 206). The *Shonubi* case¹¹ neatly encapsulates the abovementioned tension. In *Shonubi V* the District Judge made clear that he was not ceding the main point in the argument about the evidential value of statistical evidence; he was merely deferring to the higher court's authority. «The specific evidence requirement of *Shonubi* I[II] and IV», he lamented, «is a denigration of the modern evidentiary principles of free admissibility and free evaluation of probative force by the trier»¹², accusing at the same time the U.S. Court of Appeals (Second Circuit) that it «distorts the Federal Rules of Evidence» and that it required a result which is «compassionate», alas lacked legal basis. There is no such basis, Judge Weinstein added, for the specific evidence rule¹³.

This brings us to our main issue, the meaning of «specific evidence», and the contested validity of the RCP. *Should* statistical data—accurate as it can ever be—motivate action in general and warrant a legal decision in particular? The question at its kernel is whether an epistemic inference *from* a relevant population serving as a basis for calculating and assigning probabilities *to* an individual can ever be valid if the only evidence that we have is information about the reference class in question. Since we deal with the problem of factual generalisations and individualisation, we—rather unwillingly—have to raise fundamental questions about the nature of our reasoning processes. Unsurprisingly, these issues have spawned an extensive debate¹⁴—for very good reasons, since legal adjudication aspires to be rational. However, there is no consensus on what lessons to draw. The discussion between the opposing parties has stalled. It would not be exaggerating to say that we have reached the point «where one would like just to emit an inarticulate sound» (Wittgenstein, 2009, § 261).

This paper will provide a *theoretical diagnosis* of the RCP. I will show that the question of embracing and deploying formalised reasoning patterns as proxy for de-

¹⁰ *R v Jones (William Francis)* [2020] EWCA Crim 1021, at 31.

¹¹ In *US v Shonubi*, the prosecution relied on statistics to prove the amount of drugs Shonubi had smuggled into the USA. However, the appellate court quashed the sentence twice because it was not based on «specific evidence». See also *United States v Shonubi*, 802 F Supp 859 (EDNY 1992) [*Shonubi I*]. *United States v Shonubi*, 998 F 2d 84 (2d Cir. 1993) [*Shonubi II*]. *United States v Shonubi*, 895 F Supp 460 (EDNY 1995) [*Shonubi III*]; *United States v Shonubi*, 103 F 3d 1085 (2d Cir. 1997) [*Shonubi IV*]; *United States v Shonubi*, 962 F Supp 370 (EDNY 1997) [*Shonubi V*].

¹² *United States v Shonubi*, 962 F Supp 370 (EDNY 1997) [*Shonubi V*], at 375.

¹³ *Ibid.*, at 376.

¹⁴ See the special issue edited by Allen and Roberts, (2007), for more discussion and further references. See also Colyvan *et. Al.* (2001, p. 168-181). Tillers (2005, p. 33-49).

cision-making cannot be addressed let alone answered in a normative vacuum, *i.e.*, independently of the procedural architecture of legal systems examining and validating, say, criminal charges. In other terms, the reference class problem is not an analytic one. By examining the reasoning patterns underlying the RCP, I will show, *first*, that the RCP rests on theoretical presuppositions which we are by no means bound to accept in Western, anthropocentric legal orders. Such a presupposition is the wholesale approach in decision-making (part 2). *Secondly*, I will show that the very idea of a group-to-individual inference is anything but inevitable or legitimate; the idea of a reference class containing a single member only is theoretically inconsistent insofar, as it deprives reference classes of their general (and thus valid) character (part 3). Thereupon, I will argue, *thirdly*, that the decision to enact a specific evidence rule is a political one and reflects deep moral and jurisprudential values, not scientific propositions. Such a value is human dignity and moral autonomy, which I go on to illuminate briefly. Whether the trier of fact will treat cases in a wholesale approach or not depends on constitutional arrangements and legal values, which in the case of England and Wales and other similar legal orders put emphasis on the individual and the latter's dignity (part 4). This theoretical diagnosis will show how the RCP dissolves once we look at it from the right angle.

2. THE REFERENCE CLASS PROBLEM

2.1. The RCP as a Paradox

The RCP boils down to the question of whether one is inferentially justified in drawing a group-to-individual inference, *if* all that we know is the latter's membership to the former. The question is thus whether we can apply naked *statistical* evidence to the *individual case* qua unique historical event.

As shown above, the RCP is—despite its philosophical provenance—ubiquitous in adjudicative contexts, indeed it surfaced in litigation early in the twentieth century¹⁵. However, it was not until a ground-breaking monograph by the philosopher J. L. Cohen (1977) that the *RCP eo nomine a)* could be articulated, and *b)* the paradoxical results of applying axiomatised inference patterns especially the axioms of the theory of mathematical probability in litigation, were fleshed out. Cohen's analysis sparked an *academic* interest in the foundations of evidence and proof in adjudication and in the RCP in particular (p. 74-81). To investigate the claim whether the adjudicative process indeed any vernacular decision-making context could ever be axiomatised, Cohen puts us in the setting of a rodeo and informs us that according to fully reliable information, among the 1,000 spectators only 499 paid for admission. At the same time, we learn that no tickets were issued and there can be no (reliable)

¹⁵ See, *e. g.*, the American case *Smith v. Rapid Transit, Inc.* 317 Mass. 469, 58 N.E.2d 754 (1945).

testimony as to whether the person in question—call him S_1 —paid for admission or whether he had climbed over the fence. Therefore, we should decide based on a mathematical probability alone (0.501) whether we have sufficient evidence that S_1 paid for admission and is thus to be found guilty. The abovementioned probability was not chosen randomly, for according to the rather mainstream view in Anglo-American Law of Evidence¹⁶ the standard of proof (hereafter: SoP) in civil adjudication can be expressed as a .501 probability¹⁷.

The logical outcome of that thought process is that, based exclusively on the information that S_1 is one of the randomly chosen spectators, the rodeo organisers would be entitled to recover compensatory damages for the admission money. The reasoning pattern described above is plausible insofar, as it captures the essence of the mainstream view in theory of evidence. Merely by allowing the trier of fact to draw an inference from naked statistics to the individual case (S_1), *i.e.*, to individualise the statistical proposition, we admit implicitly that the same can be done with regards to every other person among the 1000 spectators: S_2 , S_3 , S_4 and so on. However, by juxtaposing all instantiations of the abovementioned reasoning pattern, our set of conclusions about the spectators

$$\{S_1, S_2, S_3, \dots S_{n-1}, S_n, n=1000\}$$

becomes contradictory. Our reasoning pattern warrants a set of conclusions, according to which the rodeo organisers can justifiably raise a claim against all 1.000 spectators, although only 499 among them had paid for admission. Given the fact that scientific models are meant to represent target phenomena and that the only justification of such a model of proof is «solely and precisely that it is expected to work» (Von Neumann, 1955), the reasoning pattern deployed in the rodeo example simply *does not work*. The model is unbearably *over-inclusive*. As Cohen (1977, p.75) remarked, it is «manifestly unjust» that a randomly chosen individual should lose his case although there is a .499 probability that he had paid for admission, which is barely better than tossing a coin.

Legal adjudication aspires to be rational and, most importantly, free of paradoxes¹⁸. But getting a handle on what exactly the RCP is and what to do about it, proves to be a difficult task. This article proceeds from the conviction that the RCP will not give away, if we simply confront it *head on*. To gain clarity, we need to focus on the *logical structure* of the RCP by looking at the facts of a case similar to *Shonubi* or the Gatecrasher Paradox.

¹⁶ I use capital letters to distinguish the academic understanding of the subject matter from the subject matter itself, *i.e.*, the law of evidence as criminal/civil courts have shaped it.

¹⁷ For a critical introduction see Redmayne (1999, p. 167-195).

¹⁸ The Rationalist Tradition was first described in Twining (2009, p. 211-249).

2.2. Formal Logic?

For reasons of simplicity, we can start our investigation by looking at a *deductive* version of the RCP. Let us assume that a company C operates under a general policy of (blatant) discrimination based on sex so that *all* female employees are not to be promoted just because they are female¹⁹. Following the reasoning pattern of modus ponens [hereafter: MP], we can draw the inference that a randomly chosen female employee in that company, F_1 is subject to discrimination. In more detail:

| | |
|---|-----|
| Every female employee in company C is subject to discrimination | [1] |
| F_1 is a female employee in company C | [2] |
| —MP, [1] and [2]— | |
| F_1 is subject to discrimination | [3] |

Knowingly, formal logic provides us with reasoning patterns that eliminate discretion insofar, as they unpack the content of general propositions and yield necessarily true conclusions. In a deductively valid argument, the premises necessitate the truth-value of the conclusion insofar, as accepting the premises means that we have—on the pain of irrationality—to accept the conclusion too. The evidence of discrimination against S_1 is a function of a formal calculus (MP) since the truth-grounds of the conclusion are already contained in those of the premises: the conclusion ([3]) necessarily follows from the set of premises ([1, 2])²⁰. Most importantly, the soundness of the conclusion is a consequence of formal properties of the logical machinery underpinning the syllogism, not the result of the fact-finder's justification.

At the same time, the syllogism depicted above captures the architecture of formal reasoning patterns, for *it eliminates the very need for decision-making*. The problem is, of course, that deductive reasoning patterns are nothing but a caricature of complex (procedural) reality (Toulmin, 1976, p. 149). As David Schum (1994) remarks, «the price paid for necessity is vacuity, since the content of the conclusion of a deductive argument is already present in the premises» (p. 454). In other words, we had actually known in advance that F_1 had been subject to discrimination²¹.

Of practical relevance for adjudicative contexts are *inductive* patterns of reasoning. Frequentists, and oftentimes forensic scientists and courts, use the probabilistic counterpart of modus ponens (Prob-MP) to draw a categorical conclusion and indi-

¹⁹ This case-scenario is not fictional. The reasoning pattern discussed here was the *ratio decidendi* in a ruling of the Labour Court in Berlin/Germany. See Kotsoglou (2017) for more discussion.

²⁰ See Wittgenstein (1958, proposition 5.121).

²¹ Proof in formal logic, Wittgenstein (1958, p. proposition 6.1262), stressed, is «merely a mechanical expedient to facilitate the recognition of tautologies in complicated cases». Algorithms using computational power take this simply to the extreme. After all, even the most labyrinthine logical argument is just a tautology in disguise, so that the reasoning process and conclusion are equivalent.

vidualise statistical data²². Consider now the following modification of the previous example; according to the new case-scenario, only 96% of a specified population group²³, *i.e.*, of the female employees in company C, are subject to discrimination. According to a rather mainstream approach among frequentists, the abovementioned base-rates do confer a probability on the individual case. In more detail:

96% of female employees in company C is subject to discrimination [4]

F_1 is a female employee in company C [5]

—Prob-MP, [10] and [11]—

There is a 96% probability that F_1 is subject to discrimination [6]

Proposition [6] is a valid conclusion but misses the target. The *probandum* cannot be deduced from the premises; all that can be known is that the *probandum* is more or less likely to have occurred. Instead of deductive entailment, we have inferential support. However, our primary goal is to find out whether F_1 has been subject to discrimination, not to calculate any probability. *If*, therefore, we assign a probability to a single case, then we can use a threshold as a cut-off point to draw a conclusion:

There is a 96% probability that F_1 is subject to discrimination [7]

The SoP lies at 95% [8]

—96% > 95% —

F_1 is subject to discrimination [9]

Relatedly, we can think of the diametric opposite of the previous example, in which, all else being equal, 94% of all female employees in company C are subject to discrimination.

There is a 94% probability that F_1 is subject to discrimination [10]

The SoP lies at 95% [11]

—94% < 95%—

F_1 is not subject to discrimination [12]

Let us take stock. *Firstly*, it is striking that simply by drawing a group-to-individual inference, we eradicate any differences between deductive and inductive methods of reasoning²⁴. For in both inductive examples outlined above the *decision* is only ostensibly one. Similar to the deductive version, the reasoning pattern necessitates, *i.e.*, generates automatically the respective conclusion; see propositions [9] and [12]. What is more, we do not really *decide* that the specific individual in question, F_1 , has or has not been subject to discrimination. The respective conclusion represents a function of the mere comparison between the probability that *any* member of the

²² For more discussion on this, see Sober (2002, p. 65-80).

²³ By that way, the usual problem of fluctuation of the statistical probability depending on the reference class vanishes.

²⁴ Anderson, Schum and Twining (2005, p. 100), have already pointed out that the «inductive form of an inference can be converted to a quasi-deductive form by identifying an articulating the generalization upon which it depends». See also Toulmin (1976, p. 112-13).

reference class was subject to discrimination and the respective (numerical) decisional threshold. (Legal) proof is thus reduced to an empirical question concerning a *class of events*. *Secondly*, we see how the proof paradox articulated by Cohen emerges. The inference in relation to a certain individual, F_1 (see propositions [9] and [12]), can be drawn using the same data set for *every* other individual belonging to the respective reference class:

$$\{F_2, F_3, \dots, F_{n-1}, F_n\}.$$

Note that this is contrary to our information that only 94/96% of the female employees in company C respectively, are subject to discrimination. As I will show further below, these two features identified above, *i.e.*, the eradication of the need to make decisions and the proof paradox itself, are closely related (see part 3).

Ultimately, the RCP boils down to the realisation that within the space of formalised reasoning patterns there is no warranted way of singling out the *individual case*. In other words, we cannot examine whether, *e. g.*, Alice Green (F_1) or Sarah Murray (F_2) *qua* unique individuals have been subject to discrimination or not. Mathematical models of proof allow us to look at an individual only through the lens of the latter's membership to a reference class. These patterns reduce unique historical events or individuals to empirically or otherwise informed statistical traits.

The spectator in the Gate-Crasher example or the female employee in our example above, are thus regarded as nothing but the embodiment of a set of statistical traits, which forces us to willy-nilly treat these individuals *in a wholesale manner*. The fact-finder has no normative toolkit to separate, as it were, the wheat from the chaff. They can attribute a property φ , *e. g.*, being subject to discrimination, to a reference class only. On the flipside, they cannot determine whether or how the said property relates to each of the specific members of the reference class. There is a hint there to be taken. But what would that be? I shall come back to that later.

For now, it is important to note that the *rigidity* of any formalised approach generating the RCP is striking. The mathematical framework described above captures a *class* of female employees, rather than being tailored to a particular individual (F_1) including her actions, omissions, or misfortunes. To be clear: due to its syntactic structure, the inferential model described above cannot even envisage individual cases to adjudicate them separately. The very term *individual* is just not predicated. Humans are viewed as the totality of attributed statistical traits.

Let me also stress that the core idea underlying the deployment of mathematical models of proof is the claim that axiomatised systems can yield conclusive answers as regards individual cases. The idea of reasoning patterns which take some data as input and return some other data as output is neither new nor is it free of theoretical commitments with regards to the decisional domain. Actually, the view that (scientific) knowledge is a product of an *empirically uninterpreted formal calculus* based on for-

mal logic lies at the heart of a now obsolete²⁵ paradigm in philosophy of science, *i.e.*, the hypothetico-deductive method (syntactic view of theories)²⁶. The RCP is thus not free of problematic theoretical presuppositions. On the contrary, it is intertwined historically and conceptually with the idea that human knowledge as such can be axiomatised. By deploying formalised reasoning patterns (of the type underpinning the RCP) in decision-making, we commit ourselves to so much more than a trite observation. The set of logical principles and theoretical commitments described above is a highly sophisticated and contentious conception of theoretical reasoning commonly known as the *syntactic view* of theories—an idea which, as we saw, is necessary to understand the theoretical underpinnings of the RCP and formalised reasoning patterns in general.

2.3. Reference Classes and Individuals

Our main discussion so far revolved around the first part of the «specific evidence rule», *i.e.*, the question of whether compiled statistical data can ever yield a conclusion qualifying as *specific* evidence. In other words, the question is whether we can attribute a trait ϕ to an individual member of a reference class, if all that we know about this person is his or her membership to the said class. This is in effect the problem of the *single case probability*, *i.e.*, the necessary condition for the very possibility of applying naked statistical evidence to individuals. The intelligibility of the single case probability is all the rage not only in legal evidence scholarship but in the theory of probability too. Frequentists—this includes, notably, Hans Reichenbach who was one of the first to use the term «reference class»²⁷—have for a long time tried to

²⁵ The idea of an empirically uninterpreted deductive/inductive system, *i.e.*, the so called Received View in philosophy of science, as well as its central component, the Deductive-Nomological/Inductive-Statistical (D-N/I-S model), have been widely criticised from the very beginning. In the words of A. J. Ayer: «nearly all of it was false» (A. J. Ayer who played a major role in introducing logical positivism to England, made this comment in a televised interview with Professor Bryan Magee). Briefly, Carl Hempel, one of the main protagonists of logical empiricism and father of the D-N model, from which the RCP derives, sang very publicly the model's swan song. During the opening talk at a symposium on the structure of scientific theories, *i.e.*, a subject dominated by the Received View, Hempel conceded that the research program was fundamentally wrong, for the idea of syntactic axiomatisation could not overcome criticism coming wave after wave (see Suppe, 2000).

²⁶ Logical empiricism pivoted around the deductive-nomological model (D-N/I-S model), according to which explanations have the structure of sound and with necessity derivable logical arguments in which a general law of nature occurs as an essential premise (Hempel and Oppenheim, 1948). The basic idea of the D-N model is that one deduces the *explanandum*, which describes the phenomenon to be explained, from an *explanans*, consisting of one or more laws, typically supplemented by true sentences about initial conditions. The model is intended to apply to both the explanation of «general» regularities by other laws and the explanation of particular events, although subsequent developments have largely focused on the latter. The structural similarity with the RCP should already be obvious.

²⁷ Reichenbach (1971, p. 376), regarded the idea of the single case probability insofar as meaningless, as it represents «an elliptical mode of speech». Furthermore, a basic component of Richard

tackle this problem head on. If we want to make sense of the utterance «single case probability», as probability theorists suggest, then we should translate that probability «into a statement about a frequency in a sequence of repeated occurrences» (Reichenbach, 1971, p. 376-377).

Consider the example of a man called James Smith wondering whether he will survive his sixty fifth birthday. It would only make sense to consider the fact that James Smith is, say, Liverpudlian and not just an English man, if the probability to survive his sixty fifth birthday is bigger (or smaller) given that he comes from Liverpool and not just from England. Similarly, it would only make sense to mention that James Smith comes from a leafy area of Liverpool rather than a deprived one, if and only if that would give us additional information about his life expectancy. By compiling *more and more* data, the reference class is becoming *narrower and narrower* until at some point eventually we will be able, frequentists claim, to validate the *narrowest* class possible (Reichenbach, 1971, p. 374). Instead of differentiating *between* the members of a wide reference class, frequentists suggest we partitioned the reference class itself into increasingly smaller sets. For the *narrowest* class we would need a set of predicates

$$\{P^1, P^2, P^3 \dots P^m\}$$

which can sufficiently and exhaustively describe the *narrowest* class possible. In other words, the narrowest reference class could be regarded in legal terms as a «commonality»²⁸ which—if relevant—would allow a reference-class-wide resolution «in one stroke»²⁹. The narrowest-class-method would have thus the capacity to revolutionise the efficiency of the system of legal adjudication especially in times of cuts and austerity. The same method could perhaps solve the RCP. I have my doubts.

We saw above that the narrowest reference *class* is (almost by definition) satisfied by at least more than only one individual, thing, or event, *e. g.*, James Smith *and* David Black. Therefore, the reference class is obviously not the *narrowest* possible. For there can be at least one further predicate P_n ($n > m$) which applies to James Smith but not to David Black, so that the set of predicates

$$\{P^1, P^2, P^3 \dots P^m\}$$

is a proper *subset* of the new (extended) set

$$\{P^1, P^2, P^3 \dots P^m, P^n\}^{30}.$$

It becomes thus apparent that in order to increase the level of precision and the grade of «single-case» probability, *i.e.*, in order to reach down to the level of the indi-

von Mises' frequentist theory of probability which was later also adopted by his brother, Ludwig, is the constraint that numerical probabilities can only be calculated for series of events which he called «collectives» (Mises, R. von, 1964, p. 12). See also Nagel (1939).

²⁸ See, *e. g.*, Rule 23(a)2 Federal Rules of Civil Procedure (USA).

²⁹ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes U.S.*, 564 U.S. 338 (2011), at 9 (per Justice Scalia).

³⁰ Fetzer (1977, p. 214).

vidual, we would have to keep enlarging our set of predicates until we inevitably end up with an aggregate of features which are tailored to the unique features of a certain individual, thing or event. We would need thus to fractionate our reference class by taking every single detail into account, until we get sufficiently partitioned reference classes that reach the level of the individual. In other words, we would only then be allowed to speak about the narrowest class possible, when our set of predicates

$$\{P^1, P^2, P^3 \dots P^m, P^n\}$$

comprises descriptors designating distinct properties of a *unique* individual or historical event, to wit: when the narrowest reference class description is satisfied by no more than one member. However, this would be an oxymoron insofar, as we would have:

- a) reference classes that contain a single case, and
- b) as many reference classes as cases.

I cannot stress enough that propositions (a) and (b) are precisely what the mainstream approach in forensic science espouses. For example, individualisation has generally been defined as a «special case of identification, where the [...] class is populated by one object only»³¹. Reference classes with one single object are not only inefficient but also theoretically inconsistent. Statistical data which are valid only with regards to a single case contradict the very concept of scientific explanation which needs to be *general* in scope. Purporting to eliminate discretion by deploying reference classes which purportedly contain a single member does not eliminate subjectivity or uncertainty, but merely distracts us from the very problem of decision-making. As Allen and Pardo (2006) remark «the only class that would accurately capture the “objective” value [of probability] would be the event itself, which would have a probability of one or zero respectively» (p. 114). If every individual case can be described as the solitary member of some—let us call it—super-narrow class, then frequentism loses its thrust, indeed its explanatory power. A reference class whose granularity reaches the maximum level so that it contains a single observation can only be perceived as a post-modernist «joke» (Sober, 2008, p. 90)³².

In all, frequentism and the idea of eliminating the need for decision-making under uncertainty—this aspiration lies at the heart of the RCP—end up being stripped of their distinctive and nominal feature, *i.e.*, their ability to describe things in the abstract, which is a contradiction in terms. As W.C. Salmon (1974) put it pithily, «God would be unable to construct an inductive-statistical explanation of any physical event [...] not as a limitation of His power but as a reflection of His omniscience» (p. 165). Why? As outlined above, God would be able to detect the tiniest difference between seemingly similar cases and classify them separately. Proponents of formalised reasoning patterns who would not perceive the RCP as a real *problem*,

³¹ For a critical introduction, see Champod (2009, p. 1508-1511).

³² See also Fetzer (1977, p. 200).

must alas jettison generality to deal with the individual case, which is fatal for any scientific account of the world indeed for any frequentist *theory* of probability. There are identifiable limits to our capacity to apply—in a warranted way—general propositions to individual circumstances, things or events. The complexity of historical events outstrips anything that could be validated by general rules³³.

2.4. Fallibilism?

We saw above that formalised systems of proof *by design* treat reference classes in a rigid way, and as a result fail to capture the *heterogeneity* of the latter. For example, formal systems cannot differentiate between employees who have been subjected to discrimination and those who were spared the agony. This is, one could say, antithetical to the overriding objective of (criminal) adjudication, *i.e.*, justice which includes factual accuracy. Proponents of formalised decision-making processes in legal adjudication, however, disagree even with the way in which the problem is framed. Speaking of «failure», they contend, is merely a way to beg the question. Kaye (1979) makes this point explicit when he stresses that outcomes which have traditionally been called «paradoxical» are «perfectly appropriate in the uncertain and imperfect world of litigation» (p. 38). It is possible, Schauer (2003) remarks, that reliance in generalisations «known from the beginning to be imperfect», *e. g.* non-spurious naked statistical evidence «might still be empirically superior to relying on allegedly direct or individualized assessments» (p. 98). Admittedly, one has to provide an explanation of what precisely is—from an evidential point of view—the benefit of case-specific evidence as dictated by the specific evidence rule. After all, it is a run-of-the-mill claim that «all evidence is probabilistic»³⁴.

Individualised assessments too, proponents of this approach claim, rely ultimately on empirical rules that are statistical in nature. The difference is, so the same line of defence, that proponents of individualistic methods fail to articulate the exact magnitude of the accuracy for their methods, *i.e.*, the «power» of their respective test³⁵. This is an important point and merits clarification. Logical systems of proof generate erroneous outcomes whose extent we can express in a comprehensive quantitative manner. The difference between quantitative and qualitative approaches, one could say, is that the former are equally fallible albeit they are at least transparent about their rate of errors: no matter which path we will follow, we will still end up

³³ This insight significantly weakens the claim that group-to-individual inferences are «inevitable» and «sometimes epistemically legitimate» see Tillers (2005, p. 33). At the same time, Tiller's proposition (at 39) that «it is *not* always inferentially illegitimate to base inferences about the behaviour of an individual on the behaviour of other people» is entirely reasonable, *if* by that is meant that group-to-individual inferences rely partially on statistical data and are not reduced to the same data.

³⁴ This is a point that even Tribe concedes (1971, p. 1330).

³⁵ See, *e. g.*, Kaye (2009, p. 1177).

with Blackstone-ratios. It is simply, so the same line of possible defence, a matter of the respective legal order and its underlying political and moral values to find the appropriate trade-off between competing values, which is structurally the exact same situation with legal systems employing individualistic evidence. After all, the choice of the SoP is a way to fix the ratio of erroneous outcomes, *i.e.*, a way to adjust those Blackstone-ratios³⁶. The crucial *difference*, proponents of formalised reasoning patterns add, is that opting for individualistic methods leaves us in the dark about the extent of erroneous outcomes. In that sense, paradoxes of proof, one could say, are a blessing in disguise. Why *should* we, one might wonder, refrain from attributing non-spurious class characteristics to members of a reference class?

The question at its core is whether criminal justice systems and evidence law regimes can rely on *mathematical* answers to problems encountered in adjudication, which pertains to the very nature of (criminal) jurisprudence. To answer that question, we need to dig deeper and investigate the structure of (legal) decision theory as well as the notion of discretion.

3. THE VALUES OF LAW

3.1. The Values of Criminal Law

The previous section provided us with important insights into the deep problem of singling out an individual from a reference class using exclusively axiomatized methods. The abovementioned inability is necessitated by *a*) the *wholesale approach* of formalised reasoning patterns and *b*) the fact that reference classes become inconsistent, indeed collapse as soon as our focus shifts from the reference class to the individual. In fact, the very notion of *individual qua* separate unit of analysis belies the frequentist/general character of statistical models. As the science historian James Gleick (2011) put it: «Probability is about ensembles, not individual events. Probability theory treats events statistically» (p. 329). In other words: probability theory does not offer us a warranted way out of the dilemma α or $\neg\alpha$, for any statistical proposition can produce either event. Nor can probability theory answer questions in the form «how likely is a particular event to happen?»: historical events happened, because they happened (one should not conflate the logical triviality of this tautological sentence with its methodological value). As David Lucy (2013) put it with characteristic verve: The idea of «a frequency being attached to an outcome for a single event is ridiculous» (p. 3-4).

Nevertheless, the normative question remains unanswered: *If* naked statistical data *are* available, then *should* we apply them to the individual? *Should* we attach evidential weight to, say, a very high probability so that we can equate the latter with sufficient

³⁶ *In re Winship* 397 U.S. 358 (1970).

proof and «specific evidence»? If not, as proscribed by the specific evidence rule, by what authority? These questions cannot be answered independently or regardless of the structure and internal *values* of a legal order. Causal relationships which empirical/natural sciences investigate, do not inform us sufficiently about *decisional* issues, *i.e.*, they cannot dictate what *we should do* let alone pre-empt the outcome of a legal process. Note that any choice of action requires the input of (personal, societal or otherwise) values, and will reflect *value judgments*. Notably, legal orders are nothing but sets of values enshrined in statutes, judicial rulings and legal principles. Let me now clarify what exactly I argue for. I do *not* submit that in a rationality-driven world, scientific facts should not *guide* our lives. Ordinarily, scientific facts are generated using a methodologically controlled and thus reliable process. What I *am* saying is that statistical propositions, being *general* in nature, cannot *on their own* fully determine our course of action in the context of the individual case. Statistical propositions aspire to provide a *general* account of a given target system under study³⁷.

On the flipside, the objective of fact-finders in liberal (as opposed to authoritarian) legal orders is not to provide any kind of *general* explanation of a domain under study, but to ascribe liability to an individual's actions or omissions by rendering a verdict. It is the *particular* defendant and the *particular* legal dispute which fact-finders have to resolve. In order to answer *practical questions* in relation to a single event, we need more than the available (statistical) data and more than our degree of belief in a particular hypothesis³⁸. Individual cases can be answered only with recourse to external values or values which are internal vis-à-vis a given legal order (Kuhn, 1996, p. 110). As Tillers (2005) reminded: «Valid inference[s] can be unfair» (p.46). Mathematical results are not self-applying in the way envisaged by logical positivism nor can statistical data automatically motivate action.

(Legal) values are not an appropriate object of inquiry for empirical sciences. Thinking otherwise would amount to conflating empirical issues with normative (moral, political or legal) ones. Any effort to sidestep the thorny question of values by focusing merely on «pure facts» is not only intellectually reckless but also suspicious. Such a move would advance certain ideology-laden values over others without even having to argue for them³⁹. A decision signifies a logical jump, a leap of faith, which resolves a practical issue arising from contested factual claims. This does not mean, of course, that fact-finders are given unbridled discretion in making factual determinations. A criminal verdict is a *normatively* structured decision under uncertainty. Therefore, the central choice of embracing and deploying formalised reasoning patterns as proxy for decision-making cannot be addressed let alone answered in a *normative vacuum*, *i.e.*, independently of the procedural architecture of legal systems examining and validating, say, criminal charges.

³⁷ For more analysis, see Kotsoglou and Biedermann (2022).

³⁸ See also Sober (2008, p. 7).

³⁹ See Hughes (2012).

We can now refine the question asked above: *which* values are enshrined in legal orders? Obviously, unless someone is willing to defend some (weak or strong) version of Natural Law, this question cannot be answered in the abstract. Different legal orders will validate different values. There is, however, a core set of values of *general relevance* for Western legal orders—especially in the wake of the Second World War—putting emphasis on *personal autonomy, individual responsibility, and human dignity*.

3.2. Personal Autonomy as a Legal Value

From Aristotle who noted that «praise and blame attach only to *voluntary* actions» over Kant (1788) who defined autonomy as the capacity to decide for oneself to contemporary philosophers who indefatigably emphasise the fundamental value of autonomy in modern societies⁴⁰, personal autonomy has occupied centre stage in Western philosophy and polity. Arguably, personal autonomy and human dignity can and should be regarded as axiomatic (moral) truths⁴¹ which articulate humans as rational agents with the capacity to make, and act upon, judgments for which they are to be held responsible. As Aristotle expressed this axiomatic truth a few millennia ago: «To distinguish the voluntary and the involuntary is presumably necessary for those who are studying the nature of virtue, and *useful also for legislators with a view to the assigning both of honours and of punishments*»⁴².

Expectedly, a number of legal scholars have already highlighted that individuality and personal autonomy are central components of Western legal systems and that naked statistical evidence demean the notion of individualised justice⁴³. Personal autonomy and human dignity are the flipside and prerequisite of the very possibility of ascribing criminal liability in a *liberal* justice system. From the conditions of criminal liability in the context of omissions and strict liability over the requirements of consent in the context of sexual offences⁴⁴ to the very essence of discrimination widely regarded as a distinction «based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group»⁴⁵, personal autonomy permeates the fabric of our legal orders. It is not irrelevant that Art. 1 of the Universal Declaration of Human rights prescribes that «all human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience». In other

⁴⁰ See Feinberg (1989) and Wasserman, (1992, p. 935).

⁴¹ See for example Dahl (1989, p. 100), who among other democratic theorists talks about the «presumption of autonomy». «To accept the idea of personal autonomy among adults, then, is to establish a *presumption* that in making individual or collective choices each adult ought to be treated—for purposes of making decisions—as the proper judge of his or her own interests.»

⁴² Aristotle, *Nicomachean Ethics*, Book III: Moral Virtue, Chapter I (emphasis added).

⁴³ For a detailed analysis, see Zuckerman (1986, p. 487) and Pundik (2008, p. 303-324).

⁴⁴ See the English case *R v Konzani (Feston)* [2005] EWCA Crim 706; see also Weait (2005, p. 763-772).

⁴⁵ *Andrews v Law Society of British Columbia* [1989] 1 SCR 143 — NB: this is a Canadian case.

words, the same values endow human beings with agency so that the latter can be held responsible for *their* actions—not for the features of their reference class. The possessive adjective *their* does the conceptual heavy lifting at this juncture. In any modern society, a person should be held legally responsible for his or her actions only, not for those of his or her family, tribe, or reference class.

The main point here is structural, not moral, in nature. Reducing a verdict to someone's membership to a reference class is a matter of policy. In other words, societies could—if they choose to—reduce decisions to statistical data, but only if they opted for *collectivist* or other similar values. High-ranking officers of the Soviet regime concisely sum up this idea: «We are not fighting against single individuals», writes Martin Latsis who headed the Ukrainian secret communist police (Cheka),

[w]e are exterminating the bourgeoisie *as a class*. It is not necessary during the interrogation to look for evidence proving that the accused opposed the Soviets by word or action. The first question you should ask him is *what class does he belong to*, what is his origin, his education and his profession. These are the questions that will determine the fate of the accused. Such is the sense and essence of red terror⁴⁶.

What is more, it is not just a linguistic coincidence that the closely related word *fascism* derives from the Italian verb *fascio* which literally means «to bundle»⁴⁷. Western legal orders with their requirement for «specific evidence» choose *not* to bundle citizens but to treat them with dignity on a case-by-case basis so that each case relies on its own facts⁴⁸.

On a more practical level, the Grand Chamber of the Strasbourg Court has held that «the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of the Convention guarantees». This notion needs thus to be seen «as an essential corollary of the individual's freedom of choice»⁴⁹. With personal autonomy and human dignity (note that these two concepts go hand in hand⁵⁰) being important values in Western *anthropocentric* legal orders, it becomes unpalatable to regard a human being merely as the embodiment of a set of statistical traits and, most importantly, to hold him or her responsible not for his or her own actions/omissions but for the actions of a group of people (reference class). Such a reductionist

⁴⁶ In the newspaper *Red Terror* (November 1, 1918), cited by Solzhenitsyn (2018, p. 21) (emphasis added).

⁴⁷ It can be seen as remotely related or as historical coincidence that von Mises, one of the fathers of frequentism, was an admirer of fascism: «It cannot be denied that fascism and similar movements aimed at the establishment of dictatorships are full of the best intentions and that their intervention has for the moment saved European civilization. The merit that fascism has thereby won for itself will on eternally in history» von Mises (1927, section I, 10). See also Tillers (2005, p. 45).

⁴⁸ *R v Tsekiri* [2017] EWCA Crim 40, at 21.

⁴⁹ In that case in the context of Art 11. *Sørensen & Rasmussen v Denmark* (applications nos. 52562/99 and 52620/99, § 54. See also *Pretty v United Kingdom* 2346/02 [2002] ECHR 427 (art 8); Personal autonomy in the context of Art 8 ECHR, See *Bărbulescu v. Romania* [GC] Application no. 61496/08. See also *Vörður Ólafsson v. Iceland* 20161/06. Judgment 27.4.2010.

⁵⁰ See *Avram and Others v. Moldova* (Application no. 41588/05) 5 July 2011, § 36.

approach would violate the very anthropological and political tenets underpinning currently existing human rights regimes according to which the individual is a moral agent capable of making choices, and not a mere avatar of their sex, race, religion or reference class more generally.

The respective evidence law regime by implementing the abovementioned political and constitutional tenets cannot *a)* fall prey to any kind of *statistical essentialism* in which individuals exist merely as Venn diagrams where various statistical traits intersect and *b)* willingly ignore heterogeneity within the group. Obviously, no court judgment can or should capture the slightest detail. However, a deliberate and entirely avoidable lack of sensitivity to context or to the particular characteristics of the defendant is deeply troubling. As Nietzsche (1974) put it: «Seeing things as similar and making things the same is the sign of weak eyes» (§ 128). I submit therefore that the *specific evidence rule* as laid down by courts around the world is an instantiation of that deeper moral, political and legal principle. The specific evidence rule is an instantiation of personal autonomy.

My analysis so far raised fundamental questions about the extent to which mathematical models of proof infringe upon the autonomy of the individual, by that I mean both the defendant and the fact-finder. Mathematical models of proof result in ascribing liability to individuals on the basis of aggregate characteristics of reference classes. As a result, fact-finders would be bound to ascribe liability adopting a wholesale approach lacking a normative toolkit to separate the «wheat from the chaff». Mathematical models of proof are thus similar to the «rational system of proof» of the Romano-canon inquisition process which specified via clearly established evidentiary standards the quality and quantity of proof and where the trier of fact was «essentially an accountant who totalled the proof fractions» (Shapiro, 1991, p. 3-5). As we saw above any type of wholesale approach to the assessment of evidence would be antithetical to fundamental (constitutional) axioms of modern legal orders. Axiomatised reasoning patterns infringe upon the autonomy of the fact-finder.

The *specific evidence rule* therefore does not appear to be arbitrary, a «denigration of the modern evidentiary principles», or even an unjustified imposition of higher courts' power—as Judge Weinstein perceived it. On the contrary, it is an expression of legal (human dignity, personal autonomy) and moral values. Any type of one-size-fits-all approach to decision-making—whether in the context of policing, adjudication or probation—would raise serious questions about both the legitimacy and lawfulness of the respective decision or verdict⁵¹. Mathematical methods of proof as proxy for decision-making, Professor Tribe (1971) remarked in his seminal paper «Trial by Mathematics», «operate to distort—and in some instances, to destroy—important values which that society means to express or to pursue through the conduct of legal trials» (p. 1330). In Western legal orders, the individual and not the group reigns supreme whereas a wholesale approach to adjudication based on «head-count-

⁵¹ See also Roberts and Zuckerman (2010, p. 10).

ing» calculations would mean that an individual could be punished or treated in a certain way merely for belonging to some reference class, not for *his* or *her* actions or omissions. As Judge Newman put it:

The «specific evidence» we required to prove a relevant-conduct quantity of drugs for purposes of enhancing a sentence must be evidence that points specifically to a drug quantity for which the defendant is responsible. By mentioning «drug records» and «admissions» as examples of specific evidence, we thought it reasonably clear that we were referring to the defendant—*his* admissions and records of *his* drug transactions⁵².

In modern Western legal orders, the system of adjudication is by no means an empirical let alone a purely statistical enterprise. Human dignity, personal autonomy, reasonableness etc. are *normative* features, not (falsifiable) empirical claims. The same features give thrust to what the courts call the «dissimilarities approach»⁵³, which focuses on what *distinguishes* the members of any reference class; not on an alleged shared identity that *unites* them. As the U.S. American Judge Kozinski put it with regards to the perhaps most expansive class action in legal history where roughly one and a half million women alleged gender discrimination in pay and promotion policies and practices in Walmart stores:

[T]he half million members of the majority's approved class held a multitude of jobs, at different levels of [...] hierarchy, for variable lengths of time [...] with a kaleidoscope of supervisors (male and female), subject to a variety of regional policies that all differed [...]. Some thrived while others did poorly. They have little in common but their sex and this lawsuit⁵⁴.

What is more, the idea of reducing a human being to a few statistically articulated traits—an appealing idea for proponents of actuarial justice and forensic scientists—is not just antithetical to core legal principles in Western legal orders; it is in effect the attempt to strip complex historical events to the bone and reduce them to a set of formalised (mathematical) relations. Yet, in the same way that the complexity of physical phenomena outstrips any linear equation, the normative architecture of the individual especially the latter's legally protected dignity forbids any reductionist approach. Heisenberg's wistful dictum that «the equation knows best» (Gleick, 1994, p. 5) might be valid in the context of nuclear physics, but legal adjudication in Western legal orders is not *that* context. Stop-and-searching a citizen solely on the basis of an algorithmically generated similarity score, or even convicting a defendant in a criminal court because of a sufficiently high statistical (match) probability does not fail or succeed from the point of view of *logicality*. Insurance companies consider, and act upon non-individualised statistical scores—with unprecedented financial success. In view of the procedural architecture of Western legal orders, however, epistemic considerations need to be filtered, and validated through a network of constitutional rights, legal and evidential principles and values. The latter are (again:

⁵² *Shonubi IV*, 103 F.3d at 1089-1090.

⁵³ See, e. g., *Dukes v Wal-mart 564 U.S.* (2011), Opinion (per Ginsburg), at 11.

⁵⁴ *Dukes v. Wal-Mart Stores, Inc.*, Case Nos. 04-16688 and 04-16720, 603 F. 3d, at 652 (per Chief Judge Kozinski).

in the case of all modern Western legal orders that I know of) *anthropocentric*, not group-mediated. The requirement of specific/individualised evidence is not yet another component in the algorithmic set-up of some mathematical model of proof. It is essentially the bulwark against automated decision-making processes which can have legal or other significant effects on individuals.

3.3. Discretion

As outlined above, the effort to introduce mathematical models of proof in legal adjudication (and, subsequently, to resolve the emerging paradoxes) is, at its core, generated by the desire to eliminate the need for discretion. In jurisprudence there is a long history with this (unrealistic) aspiration. From voluminous codifications of the law with *numerus clausus* lists of circumstances over the effort of reducing the indeterminacy of legal terms to modern(?) approaches to Law and Technology, judicial discretion has traditionally been regarded as noise in the system. However, the fact that legal systems in an increasingly complex world are unable to anticipate the future and contain rules providing for every possible combination of facts is a historic lesson which we have learnt at least since the (doomed to fail) Prussian Legal Code (1794) with its more than twenty thousand paragraphs. In a constantly evolving world characterised by a radically unpredictable future, any codification or mathematical model—no matter how thorough or voluminous—would need radical revision moments after its enactment in order to catch the multitude of situations that per force occur in real life. Only if we could anticipate all possible combinations of fact, Hart (1961, p. 135) observes, open texture would be an unnecessary feature of rules. Such knowledge is neither possible nor intelligible.

Discretion, *i.e.* a core feature of the specific evidence rule, is to be welcomed rather than deplored (Hacker, 1977, p. 7) since it allows the law to adapt to constantly evolving new challenges. In all fields of experience there is a limit to the guidance general language let alone mathematical models of proof can provide (Hart, 1961, p. 126). In other words, the so-called «rule-following problem»⁵⁵— derived from the insight that rules can *never* dictate their own application—helps us understand that the necessity of judgment, *i.e.*, the need for judicial discretion, is present even if, or: especially when, we have the illusion that we «automatically» apply the law to facts, for non-standard cases will perforce arise (Hacker, 1977, p. 7). Since legal rules—no matter how precise—are intimately bound up with facts, and since facts are infinitely variable, we will unavoidably end up being entangled in the unpredictability of «our own rules (Wittgenstein, 2009, § 125), always in need of a decision (Hart, 1961, p. 122).

⁵⁵ For a comprehensive introduction to the problem of rule-following, see McGinn (1997, p. 73-112).

Unlike formal logic which «takes care of itself» (Wittgenstein, 1958, proposition 5.473), legal rules such as the *specific evidence rule* do not dictate their own application. The discussion concerning the RCP is generated by the commitment to a mathematical approach yielding generalisable results which, so the aspiration, would eliminate the need for discretion. However, systems of criminal adjudication do not provide an *explanation* of the world, which is necessarily general in scope. Criminal courts resolve practical conflicts by making judgments under uncertainty. The fact-finder is not building a scientific (general) model of the world. To ascribe criminal liability, we need an act of will which bridges the inferential gap between statistical data and the individual case. I submit therefore that the function of the *specific evidence rule* is to secure the fact-finder's decision-making prerogative when the latter is confronted with naked statistical evidence.

3.4. *Specific Evidence and Direct Evidence*

We can now move on to a more doctrinal analysis of the term *specific* especially its delineation from the term *direct*. We saw above that courts around the world require «specific evidence», *i.e.*, evidence that points specifically to the defendant and *his* or *her* actions or omissions. As the US Court of Appeals (Second Circuit) held in *Shonubi IV*: the «specific evidence» which is «required to prove a relevant-conduct quantity of drugs for purposes of enhancing a sentence must be evidence that points *specifically* to a drug quantity for which the defendant is responsible»⁵⁶. This requirement was, in Judge Weinstein's opinion, not only an unwarranted restriction of free assessment of evidence but also incompatible with the Federal Rules of Evidence, especially Rule 402. What is interesting at this point is the fact that, as we saw above, Judge Weinstein equates (and as I will show: conflates) specificity with directness. For example, Judge Weinstein equated these two terms when he wrote in *Shonubi III* that the US Court of Appeals had «called for “specific”, *i.e.*, “direct” evidence of drug transactions», expressing allegedly the belief that «only direct evidence suffices in criminal cases» (which Judge Weinstein calls a «shibboleth»), and assuming thus that specific evidence is the opposite of indirect, *i.e.*, circumstantial evidence⁵⁷.

However, the interpretation of *specific* as outlined by Judge Weinstein among many others is based on a misunderstanding. *Specific* evidence, as opposed to *group-mediated* evidence, is one thing. *Direct* evidence, as opposed to *circumstantial* evidence, is another. Even if the terms *specific* and *direct* seem for several practical purposes to be co-extensive, their contrary terms, *i.e.*, *group-mediated* and *circumstantial* respectively, are not. No evidence scholar or criminal court would in principle object to the possibility of convicting someone based entirely on circumstantial evidence.

⁵⁶ *Shonubi IV*; under section II (emphasis added).

⁵⁷ *Shonubi III* at 478.

For example, in the English case of *McGreevy v DPP*⁵⁸, the defendant was convicted of murder despite the absence of an eyewitness to the killing. The evidence which was deemed sufficient to shoulder a direction to the jury that there is a case to answer comprised information about the time and circumstances of the death, the defendant's opportunity to commit the murder, and the blood stains found on the clothing of the victim and the defendant. In the same case, the House of Lords denied the need for a categorical distinction between direct and circumstantial evidence of facts in issue, accepting that the assessment of evidence relies on a series of inferences from the evidence to the *probandum*, regardless of the direct or circumstantial character of the evidence. Circumstantial evidence *can* thus be sufficient to prove any offence including murder⁵⁹.

We could say therefore in a rather tautological way, that circumstantial evidence is indirect evidence. The important insight, however, is that *indirect* evidence is not the same as *undirected* (group-mediated) evidence. A DNA match as a sole item of evidence will not justify a case to answer for the defendant insofar, as it is undirected (group-mediated). The problem with statistical evidence is not that it's direct or circumstantial—this would depend on what we are using statistics *for*—but that it is not directed at a specific individual. In the same example as before: if the defendant whose DNA profile matched the forensic sample is also the deceased person's stalker, then it is highly unlikely that a court would decide that there is no case to answer. The fact that the defendant is the deceased person's stalker allows the fact-finder to individualise the group-mediated (undirected) statistical evidence. It turns the naked statistical evidence (e.g. the random match probability in the context of DNA evidence) into *specific evidence*. Going back to the *Shonubi* case there is an unbridgeable gap between:

- a) an extrapolation from the four balloons which were actually tested positively for drugs to the 103 balloons which *Shonubi* had swallowed, on the one hand.
- b) an extrapolation from the 8th trip to the US to the prior 7 trips, on the other hand⁶⁰.

The first extrapolation, Professor Finkelstein in his affidavit remarked, involves a tested statistical sample, in which the mechanism for selection was random selection of balloons which *Shonubi had verifiably swallowed*. The second extrapolation involves an inference from the balloons he had swallowed to the ones he assumedly *might* have swallowed during his previous seven first trips⁶¹.

⁵⁸ *McGreevy v DPP* [1973] 1 All ER 503 HL; see also *R v P* [2007] EWCA Cr 3216.

⁵⁹ See, e. g., *R v Athwal* [2009] 1 WLR 2430 [2009] EWCA Crim 789

⁶⁰ *Shonubi* II; under section II (emphasis added).

⁶¹ See *Shonubi* III, 895 F.Supp. at 520, citing Finkelstein's affidavit at 1-3.

4. OUR CRAVING FOR GENERALITY

The answer given in this paper is not universal—nor could it ever be. It applies exclusively to those legal orders which place value on human dignity and personal autonomy. However, in all those legal orders the reference class problem *can be dissolved*. The main problem in this debate has been our preoccupation with *the* method of science. Scientific explanations deal with empirical phenomena and aspire to provide a general account of the respective target system. *Generality* is a central feature of scientific enterprise in empirical domains. However, adopting scientific methods in legal adjudication not simply to educate fact-finders but to replace them, is awry. The fact-finders' objective is not to provide any kind of *general explanation* of a target system but to ascribe liability to an individual by rendering a verdict. It is the particular defendant and legal dispute that courts deal with. Whereas singularities are deeply troublesome for scientific theories, the sheer complexity of cases trumps any significant generalization of the verdict. In the words of L.H. Hoffmann (1975) «the slightest movement of the kaleidoscope of facts creates a new pattern which must be examined afresh» (p. 204).

Wittgenstein provided a similar diagnosis a while ago. He remarked that our «craving for generality» is a synonym of «the contemptuous attitude towards the particular case». Similar to philosophers—*i.e.*, Wittgenstein's target of criticism—, legal scholars too envisage the method of science and feel «irresistibly tempted to ask and answer [questions] in the way science does», *i.e.*, with aspirations to generality. Just that *craving*, Wittgenstein remarks, to wit, this «thirst for numerical kind of analysis is the real source of metaphysics» and leads us «into complete darkness»⁶². More broadly, the British philosopher Stephen Toulmin described in his seminal book *The Uses of Argument* how for the past few centuries the (traditionally synonymous) ideas of «rationality» on the one hand and «reasonableness» on the other were torn apart as a result of the emphasis that seventeenth century philosophers and especially logical empiricism, placed on formal deductive techniques. This move, *i.e.*, mapping rationality (and therefore: reasonableness) onto logicity, Toulmin (2001) adds, «did an injury to our commonsense ways of thought» and led to a substantial loss of legitimacy for established decision-making processes» (p. 216). Mathematical methods of proof directly challenge the validity of any other model of decision-making—*inter alia* the jurisprudential one—lacking a formal logical structure.

In a review article which turned to be a milestone for the study of dynamical systems, Robert May (1976) reminded us that «[t]he elegant body of mathematical theory pertaining to linear systems [...] and its successful application to many fundamental

⁶² See also *People v. Collins* 438 P.2d 33 (Cal. 1968): «[M]athematics, a veritable sorcerer in our computerized society, while assisting the trier of fact in the search for truth, must not [be allowed to] cast a spell over him» (per Sullivan J.).

linear problems in the physical sciences, tends to dominate even moderately advanced University courses in mathematics and theoretical physics». The mathematical intuition so developed, he added, «ill equips the student to confront the bizarre behaviour exhibited by the simplest of discrete nonlinear systems [...] Yet such nonlinear systems are surely the rule, not the exception outside the physical sciences» (p. 467). It has repeatedly been pointed out in theoretically sophisticated approaches to law that legal orders are complex adaptive systems. A typical judicial context involves a «rich, highly complex set of interdependent pieces of evidence» (Allen, 1997, p. 258), and no mathematical model of proof has the capacity to «do the math» by analysing even a modest system of beliefs consisting of one hundred propositions. The process becomes instantly *computationally intractable*, for the cataloguing of the combinatorial possibilities of all those elements would strain even a super-computer. In attempting to eliminate discretion in the assessment of evidence, we are walking blindfold into an even bigger problem.

Legal orders have their own established routines for validating knowledge claims. These routines are neither structurally nor—in terms of content—similar to the methods of natural sciences. The idea that some algorithmically validated (therefore: general) proposition guarantees the (factual and normative) rectitude of a legal verdict (which from a legal theoretical point of view is an individual norm) commits the fallacy of taking the extra inferential step based on assumptions that go far beyond what can be logically warranted by the underlying procedure⁶³. The RCP is a manifestation of the (vain) effort to change the decision-making business from an art to science.

The *specific evidence rule* sets out to make sure that the exercise of discretion will not be sidestepped by numerical methods or mathematical models of proof. We cannot reduce decision-making in law to statistical models as envisaged by proponents of actuarial models. Let's get over it and get on with the difficult task of understanding and structuring complex behaviour such as evidence assessment without resorting to oversimplifying and linear mathematical models which seek to ascribe liability to individuals just because the latter share certain characteristics with others⁶⁴.

5. CONCLUSIONS

In this paper I have offered a theoretical diagnosis⁶⁵ of the reference class problem by showing that it rests on assumptions which we are by no means bound to accept. Such an assumption is that the central choice of deploying formalised reasoning

⁶³ See Biedermann *et al.*, (2008, p. 120-132), for more discussion.

⁶⁴ Similarly, Scott (1993, p. 333): «But what theory of justice denies to individuals a basic right enjoyed by others, essential to the functioning of any society, merely because they share certain arbitrary characteristics with someone else?».

⁶⁵ See also Williams (1995, p. 186-200).

patterns as proxy for decision-making can be addressed in a normative vacuum, *i.e.*, independently of the procedural architecture of legal systems examining and validating criminal charges; in other words: that the answer to questions of justice is mathematical in nature (section 3.1). Through *structural* analysis I explained that the *rigidity* of any formalised approach generating the RCP inexorably deals with a class of individuals, rather than being tailored to a particular individual incl. his or her actions (section 2.3). Unless someone assumes a Natural-Law-based stance, then the rigidity of the abovementioned approach is not as such a problem. It *becomes* a problem in *liberal* legal orders which put emphasis on the value of the individual and personal autonomy. On the flipside, authoritarian legal orders enacting collectivist values are perfectly placed to eliminate discretion by reducing decisions to statistical data—provided that the latter are available.

Furthermore, I showed that group-to-individual inferences violate the *specific evidence requirement* which is an instantiation of central tenets of liberal legal orders such as human dignity and personal autonomy. The specific evidence rule is at the same time closely connected to the fundamental concept of judicial discretion which is an intrinsic feature of law (section 3.3.). Thereupon, I clarified the relationship between direct evidence and specific evidence by showing that circumstantial evidence is not the same as undirected (group-mediated) evidence (3.4). Finally, I explained that actuarial models of adjudication have become appealing due to our craving for generality and the epistemic imperialism on behalf of natural sciences which encroach upon legal methods of adjudication dealing with individual cases (part 4). Once we illuminate those assumptions, the reference class problem becomes a harmless observation about mathematical objects of inquiry rather than a thorn in the side of legal adjudication; it dissolves.

ACKNOWLEDGEMENT

The author would like to thank the two anonymous reviewers for their insightful feedback and useful suggestions. I have also benefitted greatly from the constructive criticism of Paul Roberts and Alex Biedermann.

BIBLIOGRAPHY

- Allen, R. J. (1997). Rationality, Algorithms and Juridical Proof: A Preliminary Inquiry. *International Journal of Evidence & Proof*, 1, 255-275.
- Allen, R. J. and Pardo, M. S. (2007). The Problematic Value of Mathematical Models of Evidence. *Journal of Legal Studies*, 36 (1), 107-140.
- Anderson, T., Schum, D. and Twining, W. (2005). *Analysis of Evidence* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Biedermann, A., Bozza, S. and Taroni, F. (2008). Decision Theoretic Properties of Forensic Identification: Underlying Logic and Argumentative Implications. *Forensic Science International*, 177, 120-132.

- Champod, C. (2009). Identification and Individualization. In A. Moenssens and A. Jamieson (eds.), *Encyclopedia of Forensic Sciences* (p. 1508-1511). Wiley.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*, Clarendon Press.
- Colyvan, M., Regan, H. M. and Ferson, S. (2001). Is It a Crime to Belong to a Reference Class?. *Journal of Political Philosophy*, 9, 168-181.
- Dahl, R. A. (1989). *Democracy and Its Critics*. Yale University Press.
- Feinberg, J. (1989). *The Moral Limits of the Criminal Law* (Vol. 3). Oxford University Press.
- Fetzer, J. H. (1977). Reichenbach, Reference Classes, and Single Case "Probabilities". *Synthese*, 34, 185-217.
- Gleick, J. (1994). *Genius: Richard Feynman and Modern Physics*. Abacus.
- Gleick, J. (2011). *The Information: A History, a Theory, a Flood*. Vintage.
- Hacker, P. M. S. (1977). Hart's Philosophy of Law. In P. M. S. Hacker and J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society*. Clarendon Press.
- Hempel, C. G. and Oppenheim, P. (1948). Studies in the Logic of Explanation. *Philosophy of Science*, 15, 135-175.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- Hoffmann, L. H. (1975). Similar Facts After Boardman. *Law Quarterly Review*, 91, 193-206.
- Hughes, A. L. (2012). The Folly of Scientism. *The New Atlantis*, 37, 32-50.
- Kant, I. (1788). *Kritik der praktischen Vernunft*.
- Kaye, D. (1979). The Laws of Probability and the Law of the Land. *The University of Chicago Law Review*, 47, 34-56.
- Kaye, D. (2009). Probability, Individualization, and Uniqueness in Forensic Science Evidence: Listening to the Academies. *Brooklyn Law Review*, 75, 1163-1185.
- Kirk, P. L. (1963). The Ontogeny of Criminalistics. *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 54, 235-238.
- Kotsoglou, K. N. (2017). Commentary: Federal Labour Court [2009] — 8 AZR 1012/08. *Frontiers in Sociology*, 2 (6), available online: <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fsoc.2017.00006/full>.
- Kotsoglou, K. N. and McCartney, C. (2021). To the Exclusion of All Others? DNA Profile and Transfer Mechanics. *The International Journal of Evidence & Proof*, 25, 135-140.
- Kotsoglou, K. N. and Biedermann, A. (2022). Inroads into the Ultimate Issue Rule? Structural Elements of Communication between Experts and Fact-Finders. *The Journal of Criminal Law*, 86, 223- 240.
- Kuhn, T. S. (1996). *The Structure of Scientific Revolutions* (3rd ed.). University of Chicago Press.
- Lucy, D. (2013). *Introduction to Statistics for Forensic Scientists*. Wiley.
- May, R. M. (1976). Simple Mathematical Models with Very Complicated Dynamics. *Nature*, 261, 459-467.
- McGinn, M. (1997). *Routledge Philosophy Guidebook to Wittgenstein and the Philosophical Investigations*. Routledge.
- Mises, L. von, (1927). *Liberalism*. Ludwig von Mises Institute.
- Mises, R. von, (1964). *Mathematical Theory of Probability and Statistics*. Academic Press.
- Nagel, E. (1939). *Principles of the Theory of Probability*. University of Chicago Press.
- Neumann, J. von, (1955). Method in the Physical Sciences. In L. Leary (ed.), *The Unity of Knowledge* (p. 157-164). Doubleday.
- Nietzsche, F. (1974). *The Gay Science* (transl. by Walter Kaufmann). Vintage.
- Pundik, A. (2008). Statistical Evidence and Individual Litigants: A Reconsideration of Wasserman's Argument from Autonomy. *International Journal of Evidence & Proof*, 12, 303-324.
- Redmayne, M. (1999). Standards of Proof in Civil Litigation. *The Modern Law Review*, 62, 167- 195.
- Reichenbach, H. (1971). *The Theory of Probability* (2nd ed., transl. by Ernest H. Hütten and Maria Reichenbach). University of California Press.
- Roberts, P. (2007). From Theory into Practice: Introducing the Reference Class Problem. *International Journal of Evidence and Proof*, 11 (4) Special Issue on the Reference Class Problem, 243-317.
- Roberts, P. and Zuckerman, A. (2010). *Criminal Evidence* (2nd ed.). Oxford University Press.

- Salmon, W. C. (1974). Comments on “Hempel’s Ambiguity” by J. Alberto Coffa. *Synthese*, 28, 165-169.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press.
- Schum, D. A. (1994). *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Wiley.
- Scott, R. E. (1993). Chaos Theory and the Justice Paradox. *Wm. & Mary L. Rev.*, 35, 329-351.
- Shapiro, B. J. (1991). “Beyond Reasonable Doubt” and “Probable Cause”: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence. University of California Press.
- Sober, E. (2002). Intelligent Design and Probability Reasoning. *International Journal of Philosophy of Religion*, 52, 65-80.
- Sober, E. (2008). *Evidence and Evolution: the Logic behind the Science*. Cambridge University Press.
- Solzhenitsyn, A. (2018). *The Gulag Archipelago*. Vintage.
- Suppe, F. (2000). Understanding Scientific Theories: An Assessment of Developments. *Philosophy of Science*, 67 (S3) Supplement. Proceedings of the 1998 Biennial Meetings of the Philosophy of Science Association, S102-S115.
- Thomson, J. J. (1986). Liability and Individualized Evidence. *Law and Contemporary Problems*, 49 (3), 199-219.
- Tillers, P. (2005). If Wishes Were Horses. *Law, Probability and Risk*, 4 (1-2), 33-49.
- Toulmin, S. E. (1976). *The uses of argument*. Cambridge University Press.
- Toulmin, S. E. (2001). *Return to Reason*. Harvard University Press.
- Tribe, L. H. (1971). Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*, 84, 1329-1393.
- Twining, W. (1982). The Rationalist Tradition of Legal Scholarship. In E. Campbell and L. Waller (eds.), *Well and Truly Tried: Essays on Evidence in Honour of Sir Richard Eggleston* (p. 211-249). Law Books.
- Wasserman, D. T. (1992). The Morality of Statistical Proof and the Risk of Mistaken Liability. *Cardozo Law Review*, 13, 935-976.
- Weait, M. (2005). Knowledge, Autonomy and Consent: R. v Konzani. *Criminal Law Review*, October, 763-772.
- Williams, M. (1995). *Problems of Knowledge*. Oxford University Press.
- Wittgenstein, L. (1958). *Tractatus Logico-Philosophicus* (transl. by D. F. Pears and B. F. McGuinness). Routledge and Kegan Paul.
- Wittgenstein, L. (2009). *Philosophical Investigations* (4th ed., transl. by G. E. M. Anscombe, P. M. S. Hacker and J. Schulte). Wiley-Blackwell.
- Zuckerman, A. A. S. (1986). Law, Fact or Justice?. *Boston University Law Review*, 66, 487-508.

RÉQUIEM POR LA CARGA DE LA PRUEBA

Jordi Nieva-Fenoll
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona
jordinieva@ub.edu

RESUMEN: La *carga de la prueba* es una institución propia del proceso romano-canónico medieval, ajena a los cuatro sistemas procesales romanos, que tendría que haber desaparecido con la introducción de la libre valoración de la prueba. Sin embargo, la inercia doctrinal y jurisprudencial en la utilización de los conceptos tradicionales, así como la conservación de un proceso bifásico —como el romano-canónico— en los sistemas de origen anglosajón, han favorecido la persistencia de una noción que, observada con objetividad, ha dejado de tener cualquier sentido práctico legítimo en los procesos judiciales actuales.

PALABRAS CLAVE: libre valoración, *summary judgement*, estándares de prueba, proceso formulario, proceso romano canónico.

REQUIEM FOR THE BURDEN OF THE PROOF

ABSTRACT: The *burden of proof* is a notion specific to the medieval Roman-canonical process, alien to the four Roman procedural systems, which should have disappeared with the introduction of the free assessment of evidence. However, the doctrinal and jurisprudential inertia in the use of traditional concepts, as well as the conservation of a biphasic process—like the Roman-Canonical one—in the systems of Anglo-Saxon origin, have favoured the persistence of a notion that, observed objectively, has ceased to have any legitimate practical sense in current judicial processes.

KEYWORDS: free assessment, summary judgment, standards of proof, formulary system, roman canonical process.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA CARGA SUBJETIVA: UN CADÁVER VIVIENTE.— 3. LA CARGA OBJETIVA: UNA ACTIVIDAD JUDICIAL CON NOMBRE PROPIO.— 4. LA *BURDEN OF PRODUCTION*: UNA INSTITUCIÓN ÚTIL EN UN PROCESO ANACRÓNICO.— 5. LA *BURDEN OF PERSUASION*: UN DESEO IMPOSIBLE.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Hace ya cuatro años que, con un temor y respeto inmensos, sugerí¹ por primera vez que la institución de la *carga de la prueba* debía ser abandonada tanto en su vertiente objetiva como subjetiva. Ni mucho menos era una conclusión original, dado que al menos Kohler (1904, p. 315 y ss) y Bar (1867, p. 46 y ss) habían apuntado en esa dirección hacía más de un siglo, como consecuencia inevitable de la introducción del sistema de libre valoración de la prueba. Hasta Rosenberg (1923, p. 30) vino a asumir esa conclusión en cuanto a la carga subjetiva y, en el fondo, también con respecto a la objetiva, aunque esto segundo fuera ajeno a sus intenciones (p. 55). Y no les faltaban argumentos a los abolicionistas; como veremos después, efectivamente, la carga de la prueba era incompatible con el sistema de libre valoración de la prueba (p. 30).

Pero sorprendentemente, tal vez por influencia de las erróneas aunque contundentes apreciaciones de la época realizadas por Wach (1872, p. 357)², formuladas además en tono áspero, y muy probablemente por simple inercia lingüística y conductual de profesores, abogados y jueces, la carga de la prueba sobrevivió como institución —tal vez más bien como expresión— en la jurisprudencia y en los manuales de derecho procesal. Sin embargo, aunque la doctrina sigue hablando habitualmente de la carga de la prueba en su acepción más primitiva —la subjetiva—, o bien de la objetiva «subjetivizándola» a través una especie de «reparto de riesgos»³ —expresión confusa donde las haya—, lo que se está utilizando en los tribunales no es la carga de

¹ Nieva Fenoll, J. (2018); también publicado en Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán y Giannini (2019, p. 23) y ss. Volví al tema en Nieva Fenoll (2020).

² «Eine der größten Thorheiten der Reformjurisprudenz ist die Behauptung, die freie Beweistheorie führe zur Beseitigung der Grundsätze über Vertheilung der Beweislast. Sie beruht auf einer groben Verwechslung des inquisitorischen Principis des Strafprocesses, der Pflicht des Richters zur selbstthätigen Beschaffung der Beweise und der Emancipation von Beweisregeln bei Beurtheilung des von der Parteien gelieferten Materials. Die vielgehörte Erwägung, weil der Richter aus dem Ergebnis der ganzen Verhandlung unter Würdigung aller Umstände sich seine Ueberzeugung zu bilden habe, so kann nur noch darauf ankommen, ob bewiesen ist, nicht wer zu beweisen und beweisen habe, ist ein Trugschluss. Dem Richter kann es allerdings gleich sein, wer bewiesen hat, wenn bewiesen ist, aber nicht wer zu beweisen hatte, wenn nicht bewiesen ist. Die Sätze *actore non probante reus absolvitur* und *reus excipiendo actor fit* bleiben unerschüttert...» (Wach 1872, p. 357)

³ Barbosa Moreira J. C. (1988, p. 75). Cfr. Laumen H.W. (2009, p. 27).

la prueba en realidad, dado que, por más que se la cite, su contenido genuino no se está aplicando en esa misma praxis judicial, sino que más bien se están usando reglas indiciarias, es decir, de valoración de la prueba, cubiertas bajo el manto solemne de la carga de la prueba⁴. Sorprendentemente, ha quedado entre nosotros una especie de expresión fantasma que se refiere de manera errónea a algo que ya no existe, como cualquier fantasma con respecto a la persona que supuestamente evoca, por otra parte. Sin embargo, como digo, aún se menciona ese fantasma por simple comodidad o tradición, pero no porque sirva realmente para nada.

En las líneas que siguen, trataré de demostrar una vez más estas contundentes apreciaciones, aunque ya han sido objeto de confirmación total escrita por Michele Taruffo (2019); solo en la vertiente subjetiva por Jordi Ferrer (2019), y años antes de que yo las formulara, aunque solo en una mínima parte, por Barbosa Moreira(1988)⁵, y únicamente en la vertiente objetiva por Luca Passanante (2020, p. 798 y ss.), entre otros. Además, las publicaciones que hasta ahora han existido sobre esta cuestión abolicionista y que defienden, pese a todo, la vigencia del concepto, han sido extraordinariamente prudentes⁶.

Y es que, al final, aunque sea lo más sencillo y tópico, es imposible sustentar la existencia de una institución simplemente acudiendo a los argumentos *ad antiquitatem*, *ad populum* y *ad verecundiam*, tres falacias que pretenden confirmar que una conclusión es cierta simplemente porque «desde antiguo» la defiende «todo el mundo», incluyéndose a «autores de reconocido prestigio». Las cosas no son tan fáciles. Una conclusión se confirma científicamente cuando epistémicamente puede defenderse su corrección, así como cuando aparecen datos empíricos que corroboran su presencia, lo que hace obvio ese primer paso. Por ejemplo: la cosa juzgada existe porque los ordenamientos recogen una prohibición de reiteración de juicios que es perfectamente tangible en la práctica, y no porque la doctrina o la jurisprudencia hablen de ella. Al contrario, muchos ordenamientos hablan de carga de la prueba, pero la trascendencia empírica de sus palabras es nula más allá de una simple orientación indiciaria, como veremos después. En todo caso, una institución jurídica no puede sostenerse con la fe. Debe ser aprehensible. De lo contrario, acaba siendo la tetera de Russell (1952, p. 542), sorprendente analogía que, por cierto, puede formularse incluso a través de la lógica tradicional de la carga de la prueba, aunque nada tenga que ver con ella: debe probar la existencia de un concepto quien afirma su existencia, no quien la niega. Y esa es justamente la cuestión. Cuando se intenta probar la existencia de la carga de la prueba, se demuestra como un concepto innecesario. Con todo, también es posible, al menos en este caso, demostrar la inexistencia de la noción en el sistema de libre valoración, lo que da una pista, por cierto, de que la lógica propia de la carga de la prueba es simplemente aparente.

⁴ Cf. Laumen H. W. (2009, p. 102).

⁵ «Conforme bem se percebe, o primeiro aspecto (la carga subjetiva) desse conjunto de fenômenos tem relevância mais psicológica do que jurídica.» Barbosa Moreira J. C. (1988, p. 75).

⁶ Mitidiero (2020, p. 17). Ramos (2020) y, nuevamente, Passanante (2020 p. 798 y ss).

2. LA CARGA SUBJETIVA: UN CADÁVER VIVIENTE

La distinción entre carga objetiva y subjetiva de la prueba es ajena al proceso romano-canónico (Nörr, 2012, p. 127). Con todo, la carga subjetiva de la prueba es la única vertiente de esta institución que, pese a haber sido aislada científicamente en el siglo XIX de forma algo artificiosa (Glaser, 1883, p. 85 y ss.), coincide con su sentido más primigenio. Parte de una base realmente muy rudimentaria: cada litigante del proceso debe aportar prueba de lo que afirma, porque de lo contrario perderá dicho proceso. Es tan rudimentaria que incluso puede hallarse la idea —no la institución— antes de la historia de Roma, en el mismísimo Código de Hammurabi⁷, que disponía nada menos que la pena de muerte para quienes no trajeran sus pruebas al proceso⁸. Es más que curioso que incluso con una disposición tan radical, nadie parezca haber afirmado que la carga de la prueba naciera en época de Hammurabi. Partiendo de esa misma base, aunque muy influida por la doctrina medieval, los autores clásicos⁹ más próximos a nuestros días habían afirmado que el demandante debía probar los hechos constitutivos de la pretensión, y el demandado los impeditivos, extintivos y excluyentes¹⁰.

Aunque se ha señalado lo contrario, la noción de carga de la prueba no proviene del proceso romano en ninguna de sus cuatro fases históricas. Kaser (1996, p. 363), aunque cita la institución, pasa sobre ella de puntillas. Prácticamente la excluye en el proceso de las *legis actiones* (p. 118), y la menciona por primera vez en el período del proceso formulario, aunque no como una institución que aplique ningún *iudex* en la fase *apud iudicem*, ni siquiera ningún *praetor* en la fase *in iure*, sino como simple expresión de la idea básica de siempre: lo lógico es que cada parte pruebe lo que afirma, lo que no excluye —lo afirma explícitamente Kaser— que el *iudex* —o los *iudices*—

⁷ §§ 1, 7, 10, 11 o 13 del citado Código:

§1. Si una persona acusa a otra de haber cometido homicidio pero no consigue probarlo, el acusador será condenado a muerte.

§7. Si alguien manifiesta haber adquirido o recibido en depósito plata, oro, esclavo o esclava, buey, oveja o asno o cualquiera otra cosa, sin testigos ni contrato, será considerado reo de robo y condenado a muerte.

§10. Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.

§11. Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que presten testimonio sobre dicho objeto, es un farsante, y puesto que denunció falsamente, será castigado con la muerte.

§13. Si los testigos del anterior denunciante no estuviesen localizables, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del mismo no presenta sus testigos, será considerado un farsante y sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

⁸ Vid. Lara Peinado F. (1997, p. 6 y ss) y Sassoon, J. (2001, p. 40 y ss).

⁹ Cfr. Pothier, R. J. (1827, p. 436 y ss).

¹⁰ Entre otros muchos, Leipold (1997, p. 527).

podrían aprovechar la prueba de la parte contraria para sustentar la posición de la contraparte (p. 364), como era lo lógico en este proceso fallado habitualmente por jurados (p. 151 y ss.) sin control alguno sobre una supuesta aplicación de la carga de la prueba, puesto que dicho control simplemente no existía. Se trata, por cierto, de una curiosa primera referencia al principio de adquisición (Chiovenda, 1923, p. 748).

Solo empieza a detectarse algo parecido a la institución que, a mi juicio, se produjo en época medieval, en el proceso de cognición clásico o *cognitio extra ordinem*. Kaser¹¹ hace referencia a la *interlocutio* que se habría ocupado —siempre según el autor— en ese proceso de la cuestión de la carga de la prueba. Sin embargo, es difícil decir si esa fugaz *interlocutio* a la que se refiere Kaser (1996, p. 493) hacía referencia a la admisión de la prueba —que es lo que parece¹²— o a una supuesta aplicación de la carga de la prueba, que es tal vez lo menos probable, como explicaré enseguida. Finalmente, en el proceso posclásico, que es ya en el que se inspira directamente el proceso romano-canónico, Kaser (1996, p. 593) reconoce que la institución se vuelve confusa.

Lo que cuenta Kaser es sorprendente: una institución que apenas se vislumbra, que aparece de repente y luego casi se esfuma... Sin embargo, es posible que exista una buena explicación a esta especie de escapismo de la carga de la prueba. A mi juicio, no es que dejara de utilizarse una supuesta institución llamada carga de la prueba. Si se relee completo el título III del libro XXII del *Digesto*, se comprobará que no se está hablando en estos pasajes de carga de la prueba, sino más bien de lo que dice su título, *de probationibus et praesumptionibus*, es decir, de pruebas e indicios; dicho más simplemente: de libre valoración de la prueba, que era el sistema de valoración de la prueba vigente en esta época en Roma. Y es que en estos párrafos lo único que se hace es establecer una serie de reglas orientadoras de la libre valoración en casos concretos, citando los indicios más típicos en algunos de los procesos más frecuentes en la época, igual que se hace con respecto a los documentos en el título IV del mismo libro XXII e incluso con respecto a los testigos en el título V. Algunas de esas exposiciones indiciarias son, por cierto, las que sirvieron de base —o pretexto— en la Baja Edad Media para crear las normas de prueba legal¹³, pero en absoluto eran entonces normas de prueba legal, puesto que en Roma, al menos indudablemente en época clásica, rigió siempre el sistema de libre valoración.

¹¹ También Passanante (2020, p. 803).

¹² Vid. nuevamente Passanante (2020, p. 803). «*In sostanza, la discrezionalità del giudice nella valutazione probatoria era anticipata nella fase anteriore alla pronuncia della Beweiserlocutio, nella quale venivano fissate le prove e distribuiti i relativi oneri. Successivamente la parte, portando nel processo la prova di cui era stata onerata, determinava direttamente il contenuto della sentenza del giudice.*»

¹³ Vid. por ejemplo una de las más conocidas *probationes plenae* medievales: el doble testigo conforme: D. 22.5.12: «*Ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est.*»

Aunque pueda parecerlo en una lectura más apresurada o, peor aún, excesivamente literal, no es que los juristas romanos dijeran realmente en estos párrafos *quién* tiene que probar, que es lo que se concluyó en época medieval con una interpretación, insisto, ultraliteral, muy propia de ese tiempo de escolasticismo. En realidad, lo que hacían esos juristas era solamente exponer los indicios más característicos de los procesos más difíciles, aplicándoles la lógica esencial de base, ya referida, de que quien afirma algo debe probarlo. En consecuencia, el título III —junto con el IV y el V— del Libro XXII del *Digesto* no es una pequeña monografía sobre carga de la prueba: es un simple tratado de indicios como los muchos, más extensos, que se escribieron después¹⁴ y conforman una tradición que llega hasta nuestros días¹⁵.

Pues bien, lo que según Kaser se volvió confuso no fue realmente la carga de la prueba: lo que sucedió es que, por pura lógica de los muchos casos diversos que debieron producirse en la práctica de varios siglos, cayeron en constante matización las reglas indiciarias orientadoras del juez que recogían esos títulos del libro xxii del *Digesto*, y que simplemente guiaban al juzgador sobre qué prueba practicar en cada proceso, así como quién era más probable que dispusiera de esa prueba.

Esas justamente son las reglas, siempre admonitorias en época romana —regía la libre valoración—, que la Baja Edad Media convirtió en normas de valoración legal al emplear el método escolástico, basado —hay que insistir en ello— tantas veces en la literalidad de los textos de autoridad¹⁶. De hecho, cuando Kaser (1996, p. 598) afirma que fue Justiniano quien intentó volver a la tradición del período clásico en esta materia recuperando supuestamente la carga de la prueba, lo que hizo el emperador en realidad fue solo recordar la regla nemotécnica básica que se remontaba, como se ha visto, a Hammurabi al menos: el que afirma algo, debe probarlo¹⁷: «*quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*»; o, como dijo Celso a inicios del siglo ii, «*quod qui excipit, probare debeat*»¹⁸. Pero atiéndase bien a algo que también es importante: en el primer pasaje reproducido ya ni siquiera se habla de *onus*, sino de algo bastante diferente que desde luego no es una obligación: *necessitas*.

Por consiguiente, falta en las fuentes romanas una prueba de la existencia de la institución que hoy conocemos como *carga de la prueba*. En realidad, la noción se creó doctrinalmente en el proceso medieval del *solemnis ordo iudiciarius*¹⁹. En ese proceso fruto de la glosa y comentario del *Corpus Iuris Civilis*, se concibió un procedimiento en el que tras una farragosisíma fase previa (*praeparatoria iudicii*) (Nörr, 2012, p. 59 y ss.) que intentaba verificar la subsistencia del litigio y la inexistencia de defectos procesales —*exceptiones dilatorias*—, se iniciaba una segunda fase con la *litis*

¹⁴ Entre otros, Bruni, F. (1546), Hossfeld, F. (1665), Struve, G. A. (1666), y Hall, C. C. (1840).

¹⁵ Döhring, E. (1964), Muñoz Sabaté, Ll. (1967), (1992), (2008).

¹⁶ Colish, M. L. (1999, p. 25, 265-266, 319 y ss).

¹⁷ D. 22, 3, 21

¹⁸ D. 22, 3, 9.

¹⁹ Sobre el mismo Nörr, K. W. (2012, p. *passim*).

contestatio (p. 109 y ss.), que no era la «contestación» de la demanda, sino el inicio de la celebración del proceso «*cum testes*», es decir, la proposición y práctica de la prueba. Ese falso amigo —*contestatio*-contestación— ha jugado alguna mala pasada a la doctrina en español en general²⁰.

Dejando ese último tema terminológico de lado, el hecho es que esa segunda fase se iniciaba con una demanda breve y con una contestación aún más breve, en la que simplemente se negaba lo solicitado por el demandante (Nörr, 2012, p. 110-111). Tras la prestación por ambas partes del juramento de calumnia —que podía concluir el proceso en sentido desfavorable a quien no lo prestara— (p. 112), empezaba la fase más importante del proceso. El demandante debía formular sus *positiones*, es decir, sus afirmaciones sobre los hechos, a lo que el demandado replicaba con sus *responsiones*, que eran también afirmaciones de hecho formuladas en su defensa (p. 116).

La lista de *positiones* y *responsiones* configuraban la hoja de ruta del devenir posterior del proceso (Nörr, 2012, p. 118), que era justamente la práctica de la prueba sobre esas *positiones* y *responsiones*. Formuladas ambas, sin solución de continuidad ni decisión judicial expresa —la *interlocutio probationis* solo se produjo en un estado muy inicial del proceso romano-canónico, y luego desapareció (p. 122)— cada litigante debía ofrecer prueba de cada uno de los hechos de su lista (p. 117, 122), siendo repartida así la carga de la prueba (p. 123). Si el demandante no lo hacía ya de entrada, el proceso debía concluir (p. 175), salvo que para cubrir su deficiencia probatoria solicitara el juramento de la parte contraria, que habitualmente debía prestarlo para no perder el proceso. Es este, el juramento, un disparatado resto que aún quedaba de las antiguas ordalías²¹ y que, sorprendentemente, todavía está presente en varios países²². Si, al contrario, el demandante ofrecía prueba y el demandado no ofrecía la suya, se tenía a este por confeso y el proceso igualmente concluía también. Había nacido así la carga de la prueba, el *onus probandi*, que se tomaba en consideración, como se ve, antes de la práctica de la prueba. Por tanto, si la pregunta es si en esta fase un litigante podía perder el proceso por no cumplir con la carga de la prueba de los hechos que había alegado, la respuesta es indudablemente afirmativa.

En ese momento casi concluía su papel la carga de la prueba —en una versión claramente subjetiva—, pero aún tenía una misión al final del proceso, que es la que probablemente ha despistado a la doctrina, mezclando la carga de la prueba y la valoración de la prueba en ese mismo proceso medieval. En aquel tiempo, recuérdese una vez más que los abogados se defendían en los procesos en la antes citada fase previa (*praeparatoria iudicii*), formulando sobre todo, insisto de nuevo, esas excep-

²⁰ Entre otros muchos: «...que la litis contestación ha quedado establecida en los términos que expresan los resultandos anotados, según los cuales el demandante afirma categóricamente que...» (Newton E. F., 1909, p. 275).

²¹ Vid. Patetta, 1890, p. 14-15.

²² Vid. por ejemplo arts. 2736 y ss del Codice Civile italiano y 233 y ss del Codice di Procedura Civile, también italiano.

ciones dilatorias con el objetivo de encontrar algún defecto procesal que paralizara la reclamación de la parte actora, así como analizando si estaban de acuerdo o no ambas partes en realidad, lo que podía favorecer no solo allanamientos o desistimientos, sino también acuerdos. Superada esa fase y llegados a la *litis contestatio*, la labor de los abogados consistía, por una parte, en denunciar que las *positiones* habían sido formuladas de manera poco clara (Nörr, 2012, p. 119) —es el antecedente de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda²³—, o bien que las *responsiones* suponían en realidad *confessiones* (p. 121), lo que hacía innecesaria la prueba. Pero fijadas ambas listas de hechos, los litigantes, como ya se ha dicho, ofrecían su prueba, cumpliendo así con el *onus probandi*. A la vez, en ese momento los esfuerzos se centraban también en *objetar* —«tachar», en castellano— testigos y documentos.

La razón de esas objeciones era muy clara. En aquella época, los jueces no escuchaban a los testigos (Nörr, 2012, p. 123) y en ocasiones ni siquiera leían los documentos, pues eran con relativa frecuencia analfabetos²⁴. Al contrario, tal vez por la influencia del derecho germánico y su frecuentísimo recurso a testigos para confirmar —o atestar— actos jurídicos²⁵, no se valoraba su credibilidad escuchándolos, sino que simplemente se constataba que alguien estuviera dispuesto a confirmar con su juramento lo que decía el actor o el demandado, lo cual, desde una concepción netamente religiosa, tiene una lógica total. Con los documentos públicos pasaba lo mismo: un escribano o notario estaba dispuesto a confirmar su veracidad con su *fé*, que era otro modo de prestar un juramento.

Pero, como decía, el esfuerzo en esta fase estribaba también en tachar testigos y documentos, dado que no valorándose ni unos ni otros de manera libre —no había modo de hacerlo, pues se imponía el juramento—, simplemente se sumaban los medios de prueba que habían quedado subsistentes a cada parte y el proceso lo

²³ Vid. por ejemplo el art. 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁴ Situación tolerada por las leyes (*vid.* Partida III, ley III, o NR, libro XII, título XXXII, ley III (D. Fernando y D^a Isabel, en la Instrucción de Corregidores de 1500, cap. 36)) que duró hasta nuestros días. Vid. Montero Aroca J. (1981, p. 91).

²⁵ Vid. Eckhardt, K. A. (1953):

1. *Si quis ad mallum venire contempserit aut quod ei a rachineburgiis fuerit iudicatum adimplere distulerit, si nec de compositione nec in eo nec de ulla legem fidem facere voluerit, tunc ad regis praesentia ipso manire debet. Et ibi duodecim testes erunt qui per singulas vices tres jurati dicant, quod ibi fuerunt ubi rachineburgiis iudicavit, ut aut ad in eo ambularet aut fidem de compositione faceret et ille dispexerit. Iterum alii tres jurare debent ut ibi fuissent illa die quando rachineburgii iudicaverunt, ut aut per in eo aut per compositione se educeret, hoc est de illa die in XL noctis in mallobergo iterum ei solem collocaverit et nullatenus legem voluerit adimplere. 2. Tunc eum debet manire ante regem hoc est in noctes XIV et tria testimonia jurare debent, quod ibi fuerunt ubi eum manivit et solem collocavit. Si nec tunc venit, ista novem testimonia jurati sicut superius diximus dicant. Similiter illa die si non venerit, collocet ei solem et illa tria testimonia qui ibi fuerunt ubi collocavit solem, iterum jurare debent. Tunc si ille qui admallat, ista omnia impleverit et qui admallatus est, ad nullum placitum venire voluerit, tunc rex ad quem manitus est, extra sermonem suum ponat eum. Tunc ipse culpabilis et omnes res suas erunt. Et quicumque eum aut paverit aut hospitalem dederit, etiam si uxor sua proxima, hoc est DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur, donec omnia que imputatur conponat.*

ganaba el litigante que hubiera obtenido un mayor número (Nörr, 2012, p. 190). Dicho de otro modo: vencía aquel que hubiera cumplido con su *carga* de la prueba poniendo un mayor *peso* probatorio en su respectivo plato de una imaginaria balanza procesal²⁶. En ese trance tenía gran importancia la distinción entre *plena probatio* y *semiplena probatio* (también llamada *probatio summaria*), dado que la primera tenía mayor valor —legal— que la segunda (Nörr, 2012, p. 129). La primera se cumplía habitualmente con una pareja de testigos, o un documento público, o un *iuramentum veritatis* (p. 115) —mucho más infrecuente que el de calumnia, que era sistemático y no tenía valor de prueba plena—, siendo así que alguien con diez (10) testigos y un (1) documento público poseía seis (6) pruebas plenas. Un solo testigo o un documento no público venía rebajado al valor de prueba semiplena, que pongamos por caso —aunque esto era variable²⁷— fuera la mitad. De ese modo, el litigante con diez testigos, un documento público, y un documento privado tenía seis (6) pruebas plenas y una (0,5) semiplena: 6,5. Si su contrincante había conseguido sumar doce testigos y dos documentos privados, poseía seis (6) pruebas plenas y dos (0,5+0,5) semiplenas, es decir, un resultado de 7. Ganaba el proceso. Y, por supuesto, en la aportación de la prueba el juez no tenía el más mínimo papel, salvo en el *iuramentum veritatis*, que podía ser ordenado por dicho juzgador en procesos espirituales y matrimoniales (Nörr, 2012, p. 115). Siempre juzgaba *secundum allegata et probata (partium)*²⁸. Aunque los jueces podían valorar la prueba de forma razonablemente libre (Nörr, 2012, p. 191), no era lo habitual, sino que lo más frecuente era el uso del sistema aritmético ya descrito. Así de absurdas eran las cosas entonces, como consecuencia, no solamente de la ya señalada influencia del derecho germánico, sino probablemente por una desconfianza con respecto al papel de los jueces propia de la época: no eran independientes al ser delegados de nobleza o realeza²⁹, y tenían no pocas veces una bajísima instrucción jurídica, como ya se dijo.

Todo lo anterior dejó de tener sentido con la (re-)introducción de la libre valoración de la prueba en el siglo XIX, un auténtico iluminismo procesal, volviéndose así a un pasado romano en que la carga de la prueba tampoco existía realmente más que como mera descripción nemotécnica de algo simplemente lógico: quien afirma algo debe probarlo³⁰, por la sencilla razón de que no se pueden iniciar ni mantener procesos en el vacío, y mucho menos ganarlos.

Pero antes de concluir, para eliminar dudas hay que volver a hacer referencia a una importante afirmación que se recoge en el *Digesto*: «*ei incumbit probatio qui dicit, non*

²⁶ Vid. Jaumar y Carrera J. (1840, p. 48).

²⁷ Nuevamente, Jaumar y Carrera (1840, p. 48).

²⁸ Sobre el *partium*, me remito a lo tratado en Nieva Fenoll (2014b), (2014a).

²⁹ «*Maior iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intrmittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati*» Azo (1567, p. 235-236). Nieva Fenoll (2017), también en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, (2019, 4, p. 1223 y ss.).

³⁰ Cfr. Passanante (2020, p. 810).

*qui negat*³¹». La frase en cuestión debe ponerse en su contexto para ser debidamente interpretada. En primer lugar, obsérvese que el *Digesto* en ese pasaje *no* habla de *onus probandi*, como a veces se ha dicho citando esa misma frase, sino simplemente de *probatio*, lo que ya supone un primer hecho destacable. No es sino hasta unos cuantos números más allá del mismo título cuando el propio Paulo —también autor de la primera frase— sí pronuncia las palabras «*onus probationis*»³², pero no parece que con ello esté refiriéndose a institución alguna, ni tan siquiera creándola. La palabra *onus* es de uso muy frecuente en el *Digesto*, referida a muy diversas obligaciones, responsabilidades o incluso misiones. Pero si se examina todo ese título iii del libro xxii, se comprobará que lo que hacen esos pasajes es simplemente establecer, como ya se dijo, un listado de indicios para diferentes procesos, señalando quién es más habitual que disponga de ellos, con el ánimo de ayudar al juez marcándole esa guía incluso con espíritu admonitorio. Pero en absoluto se está dando a luz toda una institución que supuestamente hubiera sido importante para un jurista romano. Por ejemplo, cuando el *Digesto* se refiere a la *res iudicata*³³ o a la *actio* constantemente, o a la *exceptio*³⁴ o al *interdictum*³⁵ o a la *appellatio*³⁶, les dedica pasajes enteros que en el caso de la carga de la prueba están ausentes.

Todo ello contrasta extraordinariamente con las obras de derecho medieval, en las que el *onus probandi* no solamente está muy presente³⁷, sino que en no pocas ocasiones se aborda al inicio de las explicaciones sobre la prueba³⁸, coincidiendo también con el lugar temporal que tenía reservado durante el proceso, al inicio de la *litis contestatio*. Bien parece que los juristas medievales, apoyándose —conviene repetirlo— en una lectura escolástica, siempre exageradamente literal, del *Corpus Iuris Civilis*, crearon una institución que tenía sentido en su época pero que no había existido en realidad en Roma. Y ello influyó en la doctrina más moderna. Con frecuencia se intentan identificar hechos o lógicas del presente buscándolas en el pasado, ignorando que el pasado hay que interpretarlo en su contexto como algo completo, sin auxiliarse del futuro, que le es completamente ajeno. Se pueden hacer viajes en el tiempo en la historia del derecho de atrás hacia adelante hasta nuestros días, pero intentarlos de adelante hacia atrás, aunque es sumamente evocador, es como tratar de identificar instituciones jurídicas europeas en el derecho tradicional amazónico, o al revés. Siempre habrá elementos que se parezcan, pero no serán habitualmente comunes.

³¹ D. 22.3.2.

³² D. 22.3.25.3: «*In omnibus autem visionibus quas praeposuimus licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo rei veritate iusiurandum ferre...*»

³³ D. 42.1; D. 44.2.

³⁴ D. 44.1.

³⁵ D. 43.1.

³⁶ D. 49.1.

³⁷ Bartolo de Saxoferrato utiliza con frecuencia la expresión *onus probandi*. Vid. Bartolo (1588, p. 468).

³⁸ Azo (1610, p. 42). Duranti (1585, p. 618-619), Bulgari (1841, p. 91), reproducido en Wunderlich, A. (1841).

Por tanto, llegamos al siglo XVIII con una institución, el *onus probandi*, que existía en el sistema probatorio de entonces: el legal. Pero de repente, justamente para romper con el sistema legal, alguien sugirió copiar el modo de hacer de los jurados ingleses, dando origen a la lucha por la reconquista de la libre valoración de la prueba, que había quedado arrinconada en la Baja Edad Media por los estudiosos de Bolonia. Ese alguien fue, como es sabido, Jeremy Bentham³⁹.

Bentham, en una línea parecida a Beccaria⁴⁰, había sugerido que los jueces vieses y escuchasen a los testigos⁴¹, juzgando según su íntima convicción⁴² los jurados en su país. A Bentham le hicieron caso en primer lugar en Francia⁴³. En consecuencia, ya no había que sumar testigos, sino escucharlos; ya no había que sumar documentos, sino leerlos. Y, de ese modo, ya no podía valer más lo que dijeran dos testigos que lo que dijera uno, pues todo dependía de la credibilidad que les atribuyeran los jueces. Y de ese modo, al valorarse la prueba de forma libre, ya no podía fallarse el pleito observando qué parte había «cumplido con su carga de la prueba», porque las pruebas aportadas por ambos litigantes ya no eran simplemente sumadas por separado, dando por obvio que las pruebas aportadas por cada uno los beneficiaban indudablemente. Ahora podía ser que una prueba aportada por una de las partes pudiera beneficiar a

³⁹ «... On remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets» Bentham, J. (1823 t. II, p. 9).

⁴⁰ «Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi» Beccaria, C. (1764 [1996], 45).

⁴¹ «Voyons maintenant quels sont les traits les plus éminents de cette procédure domestique ou naturelle. Le père de famille, dès qu'il s'élève une contestation entre les personnes qui dépendent de lui, ou qu'il est dans le cas de prononcer sur quelque contravention à ses ordres, appelle les parties intéressées à paraître devant lui ; il les admet à témoigner en leur propre faveur ; il exige une réponse à toutes ses questions, même à leur désavantage ; et il considère leur silence comme un aveu, à moins qu'il n'entrevoie des motifs qui peuvent engager l'innocent même à se taire. Il fait son interrogatoire sur le lieu même, la réponse est donnée immédiatement après chaque question, sans qu'on connaisse celle qui doit suivre. Il n'exclut aucun témoin : il écoute tout, en se réservant d'apprécier chaque témoignage ; et ce n'est pas d'après le nombre, mais d'après la valeur des témoins, qu'il prononce. Il permet à chacun d'eux de faire son narré de suite, à sa manière, et avec les circonstances nécessaires pour la liaison du tout. S'il y en a qui se contredisent, il les confronte immédiatement, il les met aux prises l'un avec l'autre, et c'est de ce conflit que la vérité jaillira. Il cherche à arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomentier des germes de dissension dans sa famille ; et parce que des faits récents sont plus aisément connus et prouvés, il n'accordera de délais que pour des raisons spéciales» Bentham, J. (1823, p. 13-14).

⁴² «Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure ? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi ; qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme...» (Ibid., 5).

⁴³ Ley de 16-21 de septiembre de 1791.

la otra, lo que no solamente inauguraba la presencia de lo que Chiovenda (1923, p. 748) llama «principio de adquisición», sino que hacía inútil la aplicación de la lógica de la carga de la prueba, al menos en su vertiente subjetiva. La prueba iba a valorarse libremente con independencia de quién la había aportado. Y se dejaban de establecer absurdos apriorismos en cuanto al cumplimiento de la carga al principio del proceso. La prueba se valoraba en su conjunto (§286 ZPO)⁴⁴, y se daban por probados los hechos que el juez pudiera motivar que eran reales, a la luz de la prueba practicada. Lo mismo que hacían los jurados ingleses, pero motivando, y no fiándolo todo a su buen criterio (*the best of their knowledge*) (Blackstone, 1768, lib. III, p. 374-375), esa *intime conviction*, como lo tradujeron los franceses.

Todo ello convirtió en absurdas las *inversiones* de la carga de la prueba, los *aligeramientos* de esa misma carga (Rosenberg, Schwab y Gottwald, 2011, p. 770) o la facilidad probatoria (Bentham, 1823, lib. VII, p. 163)⁴⁵, base inicial, por cierto, de la clásica distribución de la carga de la prueba, y también, por descontado, de esa nostálgica formulación moderna que es la llamada *carga dinámica* de la prueba (Peyrano, 2008, p. 13, 19 y 75 y ss.). Todas ellas son reacciones de la doctrina y de la jurisprudencia para intentar conservar en vano la vigencia de una institución que había dejado de tener sentido, alterando por completo su planteamiento original; y todas —inversiones, aligeramientos, facilidad, carga dinámica— son situaciones identificadas en su mayoría por la jurisprudencia donde se prevé que una de las partes, habitualmente —aunque no siempre— vulnerable, va a experimentar dificultades para defenderse en el proceso al no tener acceso fácil a las pruebas. De ese modo se le otorga una credibilidad inicial a su versión, aunque no esté demasiado —o casi en absoluto— fundamentada con pruebas, y se le advierte a la contraparte de que debe esforzarse más de lo habitual para demostrar lo que dice, o bien que debe desclasificar pruebas que tenga a su alcance, puesto que si no lo hace, aunque no se diga de este modo tan gélido o desagradable, se fallará el proceso en su contra ya que se entenderá que las oculta porque favorecerían a su contrincante. Es decir, se estima que la deficiencia probatoria de un litigante, que podría abastecerse fácilmente de esas pruebas, significa que está manipulando la realidad en su beneficio procesal, ocultando indicios. Y, en consecuencia, partiendo de lo que es un simple indicio de ocultación, se le condena. Pero todo ello no es carga de la prueba, sino que se trata de la valoración de un indicio, de ese indicio de ocultación. Es decir, se trata de valoración de la prueba. Libre valoración de la prueba.

⁴⁴ § 286 ZPO - Freie Beweiswürdigung:

(1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

⁴⁵ Vid. también De Fano, M. (1584, t. iv, p. 12, n. 3), Serra Domínguez M. (1991, p. 66-68), y Besso-Marcheis, (2015, p. 93 y ss.).

En conclusión, la libre valoración de la prueba, con su inherente principio de adquisición, convierte en obsoleto el estudio de la carga subjetiva de la prueba, que en consecuencia debe darse por superado doctrinalmente. Veamos si, pese a ello, la otra acepción de la carga de la prueba, la objetiva, puede conservar alguna vigencia.

3. LA CARGA OBJETIVA: UNA ACTIVIDAD JUDICIAL CON NOMBRE PROPIO

Como se ha podido observar en la explicación anterior, en el proceso del *solemnis ordo iudiciarius* se mezclaban consideraciones de valoración y reparto de la carga de la prueba al menos en dos momentos. Al inicio del proceso, cuando se declaraba perdedor a quien no ofrecía prueba, o toda la que tenía le era objetada; y al final del proceso, cuando se *pesaba* la aportación de cada parte acudiendo a los más antiguos estándares probatorios que se conocen: *probatio plena* y *semiplena probatio*. Esa actividad de pesar las pruebas, propia del régimen de prueba legal, sustituía a la libre valoración de la prueba. En realidad, podría decirse que ese *pesar las pruebas*, esa *valoración legal de la prueba*, no era en verdad valoración alguna, sino simple aplicación de la carga de la prueba. Cada parte había cumplido o no con la suya en mayor o menor medida. Y en función del resultado aritmético, se decidía. Muy absurdo, como se ha dicho, pero muy sencillo de aplicar en la práctica: por eso tuvo éxito. Al final, *la práctica* —como pura y lógica autodefensa frente a la carga de trabajo de los tribunales— busca las soluciones más simples y que menos esfuerzo supongan, siempre que a la vez resulten aparentes.

Con esta explicación de lo sucedido se comprende que no fue muy difícil la confusión de conceptos y el surgimiento, algo inopinado no obstante, de la carga objetiva de la prueba. Apareció doctrinalmente en el proceso penal (Glaser, 1883b, p. 364), ante la constatación evidente de que en ese proceso no se puede aplicar la carga subjetiva de la prueba, puesto que el reo no tiene obligación de probar nada y el ministerio público, de hecho, ni siquiera tiene que probar la acusación, al contrario de lo que se piensa, sino simplemente contribuir al esclarecimiento de los hechos averiguando los vestigios de cargo, pero también de descargo, relacionados con el delito objeto del proceso. De ese modo, la labor del ministerio público es ajena a la institución de carga subjetiva de la prueba. Su misión es simplemente colaborar para que se averigüe la verdad. En realidad, como se afirma pacíficamente en la doctrina alemana desde hace tiempo, no es una parte del proceso⁴⁶.

Glaser (1883b, p. 364) estimó, no obstante, que persistía otra variedad de la carga de la prueba, que era la consideración de los antiguos estándares para averiguar qué hechos resultaban probados y cuáles no, alcanzando esos niveles probatorios, que en el proceso penal, para declarar la culpabilidad, suponía un estándar nuevo, la *pro-*

⁴⁶ Peters, K. (1985, p. 164), Kleinknecht, T., Meyer, K. y Meyer-Gofßner, L. (1995, p. 1440).

batio plenissima (1883b, p. 364) superior a la *probatio plena* y que en parte intentó reflejar en Inglaterra el *beyond any reasonable doubt*⁴⁷, aunque su concreción es muy compleja y, de hecho, fue probablemente el primer atisbo de liberación judicial de las ataduras del sistema de prueba legal en beneficio de la libre apreciación de la prueba, al menos en parte. A esa consideración de determinación de los niveles o estándares probatorios la llamó Glaser (1883b, p. 364) «carga objetiva de la prueba». Al fin y al cabo, era la fase final de la consideración del *onus probandi* medieval en el sistema de prueba legal, determinando si, aunque el litigante hubiera aportado pruebas efectivamente y hubiera cubierto así la carga subjetiva, lo había hecho de forma suficiente.

En el sistema legal, esa cuestión se respondía sumando, pesando, por lo que era fácil confundirla con la carga subjetiva de la prueba, dado que ambas se orientaban hacia un mismo objetivo: decidir el vencedor del proceso de manera automática. Pero cuando del sistema legal se pasa al sistema de libre valoración, todo cambia, puesto que ya no se pesa, sino que se sopesa, que es muy diferente. Sin atender a cómodos automatismos ni a confortables prejuicios, el juez debe evaluar los indicios que le ofrece la práctica de la prueba buscando así materiales que le permitan motivar por qué cree que un resultado probatorio es creíble. Pero eso ya no es carga de la prueba, sino que esa evaluación de los indicios es pura y simplemente la valoración de la prueba, que el juez va a ir realizando simultáneamente mientras percibe los resultados probatorios fruto de la práctica de la prueba, porque humanamente no es posible primero percibir y luego valorar. Se percibe porque se valora. No se puede percibir sin valorar. Lo que no se valora, se pasa por alto. Simplemente no se percibe, como confirma la psicología cognitiva⁴⁸.

Por tanto, no es que esa actividad de valoración no exista. Es que llamarle carga de la prueba, aunque tenga una evidente explicación histórica, es actualmente desacertado, confuso y sobre todo altísimamente desorientador porque, desconociendo el funcionamiento del antiguo proceso medieval, es muy fácil incurrir en confusión sobre el contenido de la noción.

Cuestión diferente es si esa actividad de valoración debemos encaminarla por los raíles de los estándares probatorios —*semiplena probatio*, *plena probatio*, *probatio plenissima*—, como hizo el sistema de prueba legal, o debemos dejarla en completa libertad del juez, como manda el sistema de libre valoración. En este sentido, los intentos de reconducir esta materia a una lógica de estándares (Ferrer Beltrán, 2021, p. 109 y ss.), o han sido muy polémicos⁴⁹ o bien se refieren simplemente a frases que tratan de guiar generalmente la mera intuición de órganos judiciales que no motivan: los jurados (Wigmore, 1904, p. 3543-3544). La eficacia orientadora de esas hermosas frases para transmitir su contenido —*probable cause*, *preponderance of evidence*, *clear and convincing evidence*, *beyond any reasonable doubt*— es más que discutible y,

⁴⁷ Whitman, J. Q. (2005, p. 193 y 202). Mueller, C. B. y Kirkpatrick, L. C. (2003, p. 130).

⁴⁸ Vid. al respecto Manzanero, A. L. (2008, p. 31).

⁴⁹ González Lagier, D. (2020), Dei Vecchi, D. (2020), Fernández López, M. (2007) y Gascón Abellán, M. (2005).

en el caso del jurado, imposible de analizar *a posteriori* ante la ausencia de motivación de los jurados⁵⁰.

Con todo, sí puede ser conveniente la aplicación del *método* en el que se basa la configuración de esos estándares, que fundamentalmente es la probabilidad inductiva (Cohen, 1977, p. 121 y ss.), que constituye un excelente modo de dirigir la práctica de la prueba, no centrandó toda esa actividad en una sola hipótesis, sino también en las otras hipótesis que hayan aparecido como posibles a fin de descartarlas. Todo ello conlleva, no obstante, una inevitable subjetividad en el planteamiento de las hipótesis y hasta en la valoración de su resultado, pero que esa subjetividad se encauce a través de un método no es algo rechazable, sino conveniente. Diferente es que se pretenda alcanzar umbrales probatorios a partir de ese método. Dada su inherente subjetividad, el cálculo de esos umbrales, o bien se objetiva de forma radical, como en el régimen de prueba legal, o bien se convierte solamente en un desiderátum imposible. No es realmente factible defender con razones sólidas que un acaecimiento del pasado enjuiciado en el proceso —esto es, un hecho objeto de prueba— sea con total exactitud más o menos probable que otro, puesto que al no haber presenciado el juez esos hechos ni conocido todas sus circunstancias, las conclusiones no son más que hipótesis. No es como la demostración de la existencia de agujeros negros o la eficacia de un medicamento. En el proceso solamente podemos reconstruir trazos de realidad, pero jamás confirmarla *más allá de toda duda razonable*, por más que se repita la frase. Lo que sí podemos hacer es tratar de minimizar esas dudas, que es lo que nos pide semejante estándar. Sin embargo, reconstruir hasta ese altísimo punto la realidad no es verdaderamente factible. En el proceso siempre caminaremos sobre una versión declarada, probada como sobre ascuas. Podremos explicar por qué hemos arrinconado las inevitables dudas sobre una versión de los hechos. Pero igual que le sucede a un historiador⁵¹, jamás podremos afirmar que fue eso y solo eso lo que sucedió. Es tal vez decepcionante, pero los seres humanos tenemos limitaciones, y esta es una de ellas. Quién sabe si en el futuro encontraremos la manera de confirmar hechos extraprocesales con una eficacia parecida a la que podemos obtener para corroborar la existencia del bosón de Higgs. Ojalá llegue ese momento, pero de momento es ciencia ficción.

4. LA BURDEN OF PRODUCTION: UNA INSTITUCIÓN ÚTIL EN UN PROCESO ANACRÓNICO

Causa mucha sorpresa que cuando nos acercamos a los sistemas anglosajones, distintos entre sí pero con tanto, tantísimo, en común entre ellos, nos topamos de

⁵⁰ Ginther, M. y Cheng, E.K. (2018), Pardo, M. S. (2018). Risinger, D. (2018) y Kagehiro, D. K. y Stanton, C. (1985).

⁵¹ *Vid.* Calamandrei (1939).

nuevo con la carga de la prueba. Y también tenemos dos variedades, la *burden of production* y la *burden of persuasion*, más allá de la *burden of allegation*, que evoca el antiguo sistema de *positiones* y *responiones* y que, por el momento, dejaremos de lado. Además, sorprende también contemplar cómo la *burden of production* es coincidente con la carga subjetiva de la prueba⁵², en su versión influida por el principio de facilidad probatoria/*vicinanza probatoria* (Besso-Marcheis, 2015), siendo la *burden of persuasion* coincidente con la carga objetiva (Dennis, 2013, p. 441). ¿Qué ha sucedido?

Lo que ha ocurrido es algo simple pero poco asumido. No solo es que los juristas ingleses estudiaran prioritariamente y en profundidad el derecho romano al menos hasta finales del siglo XVIII⁵³, sino que el derecho inglés también conoció el proceso romano-canónico del *solemnis ordo iudiciarius*⁵⁴, y si bien discurrió por caminos en parte diferentes como consecuencia sobre todo de la fase de *trial* ante jurados, en realidad la estructura procesal dividida en dos fases —*pretrial* y *trial*— de los sistemas anglosajones, recuerda poderosamente, no ya a la *praeparatoria iudicii* y a la *litis contestatio* de aquel proceso medieval configurado por los glosadores y comentaristas de Bolonia, donde también estudiaron ingleses en la Edad Media⁵⁵, sino incluso más bien a las fases *in iure* y *apud iudicem* del antiguo proceso formulario romano. De hecho, la fase *in iure* se celebraba ante un *praetor*, y la *apud iudicem* habitualmente ante jurados (Kaser y Hackl, 1996, p. 192-197). Igual que el *pretrial* (ante un juez) y el *trial* (ante un jurado) en EE. UU. Igual que la diferencia entre *barrister* y *solicitor* es muchísimo más fiel al modelo *procurator/advocatus* en el sistema inglés, pero esa es otra cuestión.

Lo que quiero decir es que el actual proceso de inspiración anglosajona tiene una estructura extraordinariamente antigua a la que sus usuarios parecen encontrarle utilidad, aunque sea altamente discutible. Todo empieza con una larguísima (Andrews, 2013, vol 1, p. 21) fase de *pretrial* —como larguísimos también eran los *praeparatoria iudicii*— en la que se intenta sobre todo negociar, igual que en el *solemnis ordo iudiciarius* se pretendía comprobar si subsistía el litigio. Pero, además, en esta fase existe algo de la antigua fase preliminar de la *litis contestatio*: las *positiones* y las *responiones*, es decir, la *claim* y la *defense* que el juez intenta entender exigiéndoles a las partes que cumplan, cómo no, con la *burden of production*, es decir, con la carga —subjetiva— de la prueba. Y vaya que si lo hacen, porque en caso de no cumplir, es posible que el juez diga que el caso no tiene *prospects of success* para la parte que no cumplió con su *burden*, siempre según su criterio⁵⁶. Y así puede dictar un *summary judgement* en su contra para evitar el *trial*⁵⁷. De ese modo, discurren las partes: aportando documen-

⁵² Redmayne, M. (1999, p. 172) y Dennis (2013, p. 442).

⁵³ Vid. Blackstone, W. (1768, p. 3 y ss).

⁵⁴ Vid. Bracton, (1569, cap. VIII) y Gordon, W. (2007).

⁵⁵ Nuevamente Bracton, H. (1569, p. cap. VIII).

⁵⁶ Civil Procedure Rules. Part. 24. Summary Judgment.

⁵⁷ También de manera parecida en EE. UU. Vid. Rule 56, Summary Judgment, Federal Rules of Civil Procedure.

tos y más documentos, citando testigos y haciéndoles *affidavits*, al más puro estilo medieval de ratificación de los testigos sin verlos ni oírlos. En este sistema sí tiene pleno sentido, por tanto, el *onus probandi*, la carga subjetiva de la prueba, la *burden of production*. Pero qué sentido...

En consecuencia, nos encontramos con un sistema que teóricamente utiliza la libre valoración de la prueba, pero que ha conservado unas facultades judiciales absolutamente inquisitorias en el *pretrial*, en ese proceso supuestamente adversarial... ¿Cuál es la explicación de todo ello? Sería largo de concretar y merecería una investigación más profunda, pero desde luego el terror a impredecibilidad del jurado (Hans y Eisenberg, 2011, p. 375), y por supuesto al *summary judgment* (Robertson, 2012-2013, p. 1219), han jugado un papel importante. Sin embargo, que se haya configurado así el proceso obedece a una lógica mucho más actual. El proceso judicial es un servicio público, lo que no se compagina bien con una lógica neoliberal que desea privatizarlo todo, también los litigios, a fin de que los más poderosos no se equiparen ante los ojos de un juez, sino que acaben sufriendo una terrorífica desigualdad en un terreno donde nadie los tutela: los medios alternativos de resolución de conflictos. Así surgen mediaciones ineficaces, cuyo único objeto es desgastar a base de tiempo y dinero al débil, arbitrajes en manos de instituciones arbitrales influidas por los grandes poderes económicos, o negociaciones en general donde los sujetos vulnerables tienen todas las de perder. En definitiva, el proceso judicial es una víctima, una más, del neoliberalismo, que ha hecho que el proceso mantenga instrumentos procesales medievales para que, lejos de los esquemas liberales del siglo xix, un tribunal vuelva a ser un espacio ajeno a la enorme mayoría de la población.

5. LA BURDEN OF PERSUASION: UN DESEO IMPOSIBLE

¿Y la *burden of persuasion*? (Dennis, 2013, p. 441) Poco más que una cuestión de fe. Una quimera. Un establecimiento de umbrales probatorios —*probable cause*⁵⁸, *preponderance of evidence* (Redmayne, 1999, p. 167 y ss.), *clear and convincing evidence* (p. 187), *beyond any reasonable doubt* (Laudan, 2012, p. 29 y ss.)— idénticos respectivamente a: *semiplena probatio*, *probatio summaria* o *probatio prima facie* descompuesta en dos niveles; *plena probatio*; *probatio plenissima*. En definitiva, un simple remedio de antiguas realidades del sistema de prueba legal que, por fortuna, ya no existen.

La copia no ha sido realmente consciente, y por ello se han olvidado en el ámbito anglosajón casi todos los antiguos estándares probatorios medievales de los que provienen. Ni siquiera se citan, salvo la *probatio prima facie* (Herlitz, 1994-1995,

⁵⁸ IV enmienda de la Constitución de los EE. UU.

p. 391), con exactamente el mismo sentido que tuvo en el proceso romano-canónico, es decir, la suficiencia inicial de prueba, observada a primera vista.

La cuestión por dilucidar es si detrás de esas frases, u otras similares, puede haber algo realmente científico, es decir, que escape de la simple intuición. Hay que comenzar diciendo que sin duda lo hubo, cuando se determinó exactamente, como se vio, lo que era la *plena probatio* y la *semiplena probatio*. Pero cuando se trata de salir de esquemas simplemente fosilizados para definir categorías epistémicas, las dificultades son máximas, rayando francamente con la imposibilidad. Puede perseguirse la tentativa de construir esos niveles basándose en la formulación plural de hipótesis propia de la probabilidad inductiva⁵⁹, pero esa formulación será más o menos completa en función del esfuerzo, la creatividad o incluso las ganas de quien realice esa labor, lo que introduce un elemento de máxima inseguridad que simplemente no es aceptable. Ya sabemos que cuando se trata de reconstruir unos hechos pasados, no podemos tener las confirmaciones típicas del mundo de la física o de la química, por falta de capacidad de contraste con otras hipótesis similares. De ahí que falle en este contexto el teorema de Bayes⁶⁰.

Sin embargo, también debe reconocerse que esa formulación creativa de hipótesis es lo que han hecho policías, fiscales y jueces a lo largo de toda su historia. Acudiendo a su experiencia vital y profesional, tratan de juntar las piezas de que disponen para crear un puzzle que se corresponda con esa experiencia previa. Y lo hacen fundamentalmente acudiendo al heurístico de representatividad (Kahneman y Tversky, 1982, p. 33 y ss.), es decir, realizando un cálculo estadístico aproximado que puede ser bastante impreciso o incluso burdo, pues depende simplemente de su intuición gobernada por el uso de ese heurístico. Eso ha dado a los seres humanos sensación de justicia en muchas ocasiones a lo largo de milenios. Es hora ya de que encontremos algo mejor, sin insistir en el modelo inicial, ni siquiera pasándolo por el cedazo de la epistemología.

Hay situaciones en que, efectivamente, existen datos que confirman completamente un hecho, sin necesidad de entrar en más complejidades. Son más frecuentes de lo que parece, especialmente en el proceso civil, donde la prueba documental es la reina y donde hoy en día predomina gracias no solamente a los documentos escritos, sino también a la facilidad con que disponemos de nuestras comunicaciones por correo electrónico o mensaje, o incluso de grabaciones de cámaras de seguridad, o por lo sencillo que resulta corroborar la presencia de nuestros dispositivos electrónicos en un determinado lugar. Esos datos eran inconcebibles hace solo cuarenta años, a finales siglo xx, pero hoy contamos con ellos. Y, teniéndolos a nuestra disposición, no podemos seguir actuando como si no existieran, recurriendo predominantemente a la intuición, como tradicionalmente se hizo.

⁵⁹ Es lo que intenta con encomiable esfuerzo Ferrer Beltran, J. (2021, *passim*).

⁶⁰ Cfr. Edwards, W. Lindman, H. y Savage, L. J. (1963) y Finkelstein, M. O. (2009). Vid. ampliamente Taruffo, M. (2005).

Además, existen pruebas científicas, biológicas sobre todo, que de unos restos que en el pasado eran inservibles, pueden decirnos mucho acerca de participantes en los lugares donde aparecieron. Las huellas de ADN son relativamente sencillas de conseguir en un contexto de criminalidad, y nos pueden confirmar la presencia de alguien que, de no estar relacionado con los hechos, se hace inconcebible que estuviera justamente en ese lugar.

Todo ello quiere decir que ya no tenemos que depender de evaluaciones intuitivas de la gestualidad o tono de unos testigos⁶¹, y que incluso en muchas ocasiones, la enorme mayoría, podremos prescindir de esos testigos, cuyo testimonio siempre es un recuerdo borroso y muchas veces preparado por los abogados, lo que suprime su credibilidad, y ello sin contar con la precariedad intrínseca de nuestra memoria. Sin documentos ni pruebas científicas, es obvio que solo podíamos fiarnos de que alguien hubiera visto algo. Hoy ya no es necesario. Esos documentos y pericias son los mejores notarios de la realidad. Dicho con propiedad: jamás en la historia ha sido más accesible juzgar con mayores posibilidades empíricas —y no intuitivas— de justicia.

En consecuencia, el futuro de la prueba en el proceso no debe depender de precarios estándares que son poco más que un método de trabajo, pero que no pueden crear umbrales probatorios. Al contrario, el proceso, y más en concreto la prueba, debe abrazar la ciencia. La participación de economistas, biólogos, médicos y psicólogos tiene que ser muchísimo más frecuente en nuestros procesos, hasta el punto de no poder prescindir de ellos a la hora de valorar incluso la intencionalidad en el proceso penal, más allá de los hechos basilares del objeto del proceso. Hay que oficializar y normalizar su presencia, evitando que dependa de los alegatos del fiscal o de las partes.

Tras ello, el juez ya no será un ser omnisciente inspirado por la divinidad, que es lo que ha intentado ser desde Egipto (Decoeur, 2011), sino un simple gestor de las pruebas científicas que van acumulándose; un garante de derechos fundamentales, y un aplicador de las leyes a unos hechos determinados cada vez de forma más certera por la ciencia. Su apreciación personal, tantas veces intuitiva, no podrá depender ya de su convicción íntima, de lo mejor de su conocimiento, sino más bien de que sea capaz de recopilar correctamente los datos que le ofrezcan los expertos, con los que no deberá entrar en conflicto al no disponer de competencia científica para ello.

Todo ello nos iluminará un proceso nuevo, *non secundum conscientiam, sed secundum probata peritorum*. En el terreno de la prueba, solo será posible ejercer la defensa desacreditando con otros datos científicos esos pareceres.

⁶¹ Vid. Loftus, E. (1996). Mazzoni, G. (2015, p. 108 y ss). Manzanero, J. A. (2008, p. 141-143).

BIBLIOGRAFÍA

- Andrews, N. (2013). *Andrews on Civil Processes* (vol. 1). Intersentia.
- Azo (1567). *Brocardica (aurea): rúbrica XX*. Basilea.
- Azo (1610). *Summa Azonis*. Venecia.
- Bar, L. (1867). *Recht und Beweis im Zivilprozesse*. Leipzig.
- Barbosa Moreira, J. C. (1988). Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual, segunda série*. Saraiva.
- Bartolo (1588). *Bartoli a Saxoferrato Commentaria, in II partem infortiati*. Basilea.
- Beccaria, C. (1764) [1996]. *Dei delitti e delle pene, reed.* Demetra.
- Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires* (t. II). Bossange Frères.
- Besso-Marcheis, C. (2015). La vicinanza della prova. *Revista Eletrônica de Direito Procesual*, 16, 93- 111. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>
- Blackstone, W. (1768) *Commentaries on the Laws of England, lib. I y III*, London: Clarendon Press.
- Bracton, H. (1569). *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (lib. III). London.
- Bruni, F. (1546). *Tractatus de iudiciis, et tortura*. Lyon.
- Bulgari (1841). Summa de iudiciis. En A. Wunderlich (ed.), *Anecdota quae processum civilem spectant*. Göttingen.
- Calamandrei, P. (1939). Il giudice e lo storico. *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, 105-128.
- Chioyenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale* (3ª ed.). Jovene.
- Cohen, L. J. (1977). *The Probable and the Provable*. Oxford University Press.
- Colish, M. L. (1999). *Medieval Foundations of the Western Intellectual Tradition, 400-1400*. Yale University Press.
- De Fano, M. (1584). Negativa qualiter probanda. En AA. VV., *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus*. Venecia.
- Decoeur, H. (2011). Maat, entre cosmologie et mythe: le principe constitutionnel d'un Etat de racine chthonienne en ancienne Egypte. *Revue Juridique Themis*, 45 (2), 343-368.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela.
- Dennis, I. H. (2013). *The Law of Evidence*. Sweet & Maxwell.
- Döhring, E. (1964). *La prueba, su práctica y apreciación*. Ediciones Jurídicas EuropaAmérica.
- Duranti, G. (1585). *Speculum iuris*. Venecia.
- Eckhardt, K. A. (1953). *Lex Salica, 100 Titel-Text*. Hermann Böhlau Nachfolger.
- Edwards, W., Lindman, H. y Savage, L. J. (1963). Bayesian Statistical Inference for Psychological Research. *Psychological Review*, 70, 193-242.
- Fernández López, M. (2007). La valoración de las pruebas personales y el estándar de la duda razonable. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15.
- Ferrer Beltran, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. Giannini, *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltran, J. (2021). *Prueba sin convicción*. Marcial Pons.
- Finkelstein, M. O. (2009). *Basic concepts of probability and statistics in the Law*. Springer.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa*, 28, 127-139.
- Ginther, M. y Cheng, E. K. (2018). Surprise vs. Probability as a Metric for Proof. *Seton Hall Law Review*, 48 (4), 1081-1094.
- Glaser, J. (1883a). *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*. Duncker & Humblot.
- Glaser, J. (1883b). *Handbuch des Strafprozesses* (vol. I). Dunker & Humblot.
- González Lagier, D. (2020). ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 23, 79-97.

- Gordon, W. M. (2007). A Comparison of the Influence of Roman Law in England and Scotland. En *Roman Law, Scots Law and Legal History: Selected Essays*. Edinburgh University Press.
- Hall, C. C. (1840). *De indicibus, eorumque vi, ad probationem in causis poenalibus efficiendam*. Copenhagen.
- Hans, V. P. y Eisenberg, T. (2011). The Predictability of Juries. *DePaul Law Review*, 60, 375-396.
- Herlitz, G. N. (1994-1995). The Meaning of the Term Prima Facie. *Louisiana Law Review*, 55 (2), 391-408.
- Hossfeld, F. (1665). *De indiciorum materia*. Altdorf.
- Jaumar y Carrera, J. (1840). *Práctica forense*. Boet y Cía.
- Kagehiro, D. K. y Stanton, C. (1985). Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof. *Law and Human Behavior*, 9 (2), 159-178.
- Kahneman, D. y Tversky, A. (1982). Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. En D. Kahneman, P. Slovic y A. Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge University Press.
- Kaser, M. y Hackl, K. (1996). *Das römische Zivilprozessrecht*. C. H. Beck.
- Kleinknecht, T., Meyer, K. y Meyer-Gossner, L. (1995). *Strafprozeßordnung*. C. H. Beck.
- Kohler, J. y Holtzendorff, F. von, (1904). *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (vol. 3). Duncker & Humblot.
- Lara Peinado, F. (1997). *Código de Hammurabi*. Tecnos.
- Laudan, L. (2012). *Truth, Error and Criminal Law*. Cambridge University Press.
- Laumen, H. W. (2009). Grundbegriffe der Beweislast. En G. Baumgärtel, H. W. Laumen y H. Prütting, *Handbuch der Beweislast* (p. 27-XX). Heymanns.
- Leipold, D. (1997). Comentario al §286 ZPO. En F. Stein y M. Jonas, *Kommentar zur ZPO* (p. 527-XXX). Mohr Siebeck.
- Loftus, E. (1996). *Eyewitness Testimony*. Harvard University Press.
- Manzanero, A. L. (2008). *Psicología del testimonio*. Pirámide.
- Mazzoni, G. (2015). *Psicología della testimonianza*. Carocci.
- Mitidiero, D. (2020). O ônus da prova e seus inimigos. *Revista de processo*, 45 (306), 17-47.
- Montero Aroca, J. (1981). La justicia municipal. En *Estudios de Derecho Procesal* (p. 91-XX). Bosch.
- Mueller, C. B. y Kirkpatrick, L. C. (2003). *Evidence*. Wolters Kluwer.
- Muñoz Sabaté, Ll. (1967). *Técnica probatoria*. Praxis.
- Muñoz Sabaté, Ll. (1992). *Tratado de probática judicial*. Bosch.
- Muñoz Sabaté, Ll. (2008). *Summa de probática civil: cómo probar los hechos en el proceso civil*. Wolters Kluwer.
- Newton, E. F. (ed.) (1909). *Fallos de la Cámara Federal de Apelación de La Plata* (t. XV). La Plata.
- Nieva Fenoll, J. (2014a). La cattiva reputazione del principio inquisitorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 68 (3), 943-970.
- Nieva Fenoll, J. (2014b). El mal nombre del principio inquisitivo. *Justicia*, 1, 131-166.
- Nieva Fenoll, J. (2017). La actuación de oficio del juez nacional europeo. *Justicia*, 1, 181-210.
- Nieva Fenoll, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, 1, 129-XXX.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Indret*, 3, 406-437.
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J. y Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Marcial Pons.
- Nörr, K. W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*. Springer.
- Pardo, M. S. (2018). Epistemology, Psychology, and Standards of Proof: An Essay on Risinger's Surprise Theory. *Seton Hall Law Review*, 48 (4), 1039-1055.
- Passanante, L. (2020). Per la difesa dell'onere della prova. En A. Saccoccio y S. Cacace (ed.), *Europa e America Latina: due continenti, un solo diritto* (p. 798-XXX). Giappichelli.
- Patetta, F. (1890). *Le ordalie*. Bocca.
- Peters, K. (1985). *Strafprozeß*. C. F. Müller.
- Peyrano, J. W. (dir. y coautor) (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal-Culzoni.

- Pothier, R. J. (1827). *Traité des obligations*. En *Ouvres de Pothier* (t. I). Paris.
- Ramos, V. P. (2020). *La carga de la prueba en el proceso civil*. Marcial Pons.
- Redmayne, M. (1999). Standards of Proof in Civil Litigation. *Modern Law Review*, 62 (2) marzo, 167-195.
- Risinger, D. (2018). Leveraging Surprise: What Standards of Proof Imply that We Want from Jurors, and What We Should Say to Them to Get It. *Seton Hall Law Review*, 48 (4), 965-994.
- Robertson, C. B. (2012-2013). The Right to Appeal. *The North Carolina Law Review*, 91 (4), 1219-1279.
- Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*. Otto Liebman.
- Rosenberg, L., Schwab, K. H. y Gottwald, P. (2011). *Zivilprozessrecht*. Beck.
- Russell, B. (1952). Is There a God?. En J. G. Slater (ed.), *The Collected Papers of Bertrand Russell* (vol. 11: Last Philosophical Testament, 1943-68, p. 542-XXX). Routledge.
- Sassoon, J. (2001). *Ancient Laws and Modern Problems: The Balance between Justice and a Legal System*. London.
- Serra Domínguez, M. (1991). Comentario al art. 1252 del Código Civil. En M. Albadalejo García (coord.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (t. XVI, vol. 2, p. 66-XX). Edersa.
- Struve, G. A. (1666). *De indiciis*. Jena.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2019). Casi una introducción. En J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán y L. Giannini, L., *Contra la carga de la prueba* (p. 18-21). Marcial Pons.
- Wach, A. (1872). Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, *Kritische Vierteljahresschrift*, 14 (3), 329-373.
- Whitman, J. Q. (2005). *The Origins of Reasonable Doubt*. Yale University Press.
- Wigmore, J. H. (1904). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*. Little, Brown and Company.

LENGUAJE, LÓGICA Y ALGUNAS REPERCUSIONES DE LA (IN)DEFINICIÓN DEL *THEMA PROBANDUM**

Sebastián Bravo Ibarra**

Doctorando en Derecho

Universidad de Chile

sabravo@uc.cl.

RESUMEN: El lenguaje, la lógica y el derecho procesal se encuentran mucho más relacionados de lo que podríamos imaginar. Con miras a explorar esta relación, examinaremos algunas aproximaciones al concepto de *thema probandum* para luego ilustrar cómo una aproximación lingüística permite construir el objeto de prueba sobre la base de ciertos elementos semánticos y sintácticos. Finalmente, ejemplificaremos algunas repercusiones teóricas y prácticas de esta última aproximación con respecto a ciertos problemas procesales tradicionales.

PALABRAS CLAVE: *thema probandum*, razonamiento probatorio, lenguaje, lógica, prueba.

* Este trabajo constituye una versión ajustada del trabajo final presentado para el Master en Razonamiento Probatorio impartido por la Universitat de Girona y la Università degli Studi di Genova. El trabajo fue realizado bajo la dirección del profesor Giovanni Battista Ratti, a quien me gustaría dar las gracias por sus agudas observaciones y sugerencias a las distintas versiones preliminares. Asimismo, agradezco los comentarios de los profesores Jordi Ferrer y Edgar Aguilera, quienes integraron, junto al profesor Ratti, el tribunal evaluador de la defensa de este trabajo. Por último, me gustaría también expresar mi agradecimiento al profesor Rodrigo Almeida por el intercambio de ideas que permitieron conectar la teoría con ciertos elementos fundamentales de la praxis judicial.

** Abogado. Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova. Master en Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona. Juez Civil y Laboral, Poder Judicial, Chile.

LANGUAGE, LOGIC AND SOME REPERCUSSIONS OF THE (IN)DEFINITION OF *THEMA PROBANDUM*

ABSTRACT: Language, Logic and Procedural Law are more related than we could imagine. With the purpose of exploring that relationship, we will look into some approaches to the concept of *thema probandum*, then we will show how a linguistic approach allows to build the proposition to be established on the basis of some syntactic and semantic elements. Finally, we will illustrate some examples of theoretical and practical repercussions of this approach regarding some traditional procedural problems.

KEYWORDS: *thema probandum*, evidential reasoning, language, logic, proof.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES PRELIMINARES.— 2. TRES APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE *THEMA PROBANDUM*: 2.1. El *thema probandum* desde una perspectiva jurídica: 2.1.1. Derecho procesal y algunas distinciones inveteradas. 2.1.2. Derecho civil y una lógica de condiciones sine quibus non. 2.1.3. Derecho penal y una sistematización desde la teoría del delito. 2.2. El *thema probandum* desde una perspectiva epistémica: la hipótesis como objeto de prueba. 2.3. El *thema probandum* desde una perspectiva lingüística: enunciados o proposiciones como objeto de prueba.— 3. CONSTRUCCIÓN DEL *THEMA PROBANDUM* DESDE UNA PERSPECTIVA LINGÜÍSTICA: 3.1. «*Thema* en abstracto» vs. «*thema* en concreto». 3.2. Semántica de los enunciados en el *thema* en concreto. 3.3. Sintaxis de los enunciados en el *thema* en concreto: 3.3.1. Completitud y circunstancialidad como presupuestos de acreditabilidad.— 4. HERRAMIENTAS LÓGICAS Y LINGÜÍSTICAS QUE PERMITEN AFRONTAR PROBLEMAS PROCESALES TRADICIONALES: 4.1. Tipos de equivalencias para la reconsideración de los postulados generales sobre la prueba de los «hechos negativos»: 4.1.1. Obversión y contraposición como equivalencia lógica. 4.1.2. Antonimia como equivalencia lingüística. 4.1.3. Interpretación como equivalencia jurídica. 4.2. Modos verbales como herramientas para enfrentar dificultades probatorias: «hechos futuros» y «hechos eventuales»: 4.2.1. Modo indicativo como escenario óptimo. 4.2.2. Modo subjuntivo como escenario subóptimo. 4.2.3. Modo imperativo como escenario imposible. 4.3. Verbos frecuentativos como herramientas lingüísticas para repensar las dificultades probatorias asociadas al «hecho múltiple».— 5. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

«Sócrates: Veamos, pues. ¿Qué quiere decir el término “explicación” (lógos)? A mí me parece que significa una de estas tres cosas.

Teeteto: ¿De cuáles?

Sócrates: La primera es la manifestación del pensamiento por medio del sonido que se articula en verbos y nombres, revelando así la opinión en la corriente vocálica como si fuera en un espejo o en el agua.»

Platón, *Teeto*, 206d.

1. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIONES PRELIMINARES

Hoy en día existe una verdadera proliferación de publicaciones en materia probatoria enfocadas en tópicos como la búsqueda de la verdad y su relevancia para los fines del proceso, las reglas de exclusión probatorias desde un punto de vista epistémico y normativo, los estándares de prueba en distintas materias y estadios procesales y los sesgos cognitivos en la decisión judicial entre otros. Sin embargo, existe un tópico que de alguna forma se ha menospreciado o que solo se ha tratado de manera muy escueta, indirecta o imprecisa, tanto por la doctrina procesal como por la epistemología jurídica: el *thema probandum* u objeto de prueba¹.

El concepto de *thema probandum* normalmente no se problematiza², quizás porque parece un tanto intuitivo a la luz de nuestra cultura jurídica, o tal vez simplemente porque no se ha puesto el foco en las repercusiones que podrían producirse en la praxis judicial. Sin embargo, muchos problemas con los que lidiamos a diario podrían tener su origen en una concepción errónea o imprecisa del objeto de prueba.

A lo largo de este trabajo examinaremos diferentes tópicos, que han sido ordenados de lo general a lo particular y que pueden resumirse de la siguiente manera:

¹ No obstante, ha vuelto a ser objeto de atención por parte de algunos procesalistas, tal como se puede apreciar en Larroucau Torres (2017), quien ha resaltado la especial relevancia práctica que tiene la correcta determinación del *thema probandum* en un proceso judicial, o en Cavani (2016), quien repara sobre la automaticidad con que suelen fijarse los hechos controvertidos, reduciéndose a verdaderas transcripciones de las pretensiones de las partes.

² La única problemática relevante (a nivel conceptual) que se ha planteado por la doctrina procesal es si el *thema probandum* es o no lo mismo que el objeto de prueba. En este sentido, algunos han sostenido que el objeto de prueba es todo aquello susceptible de demostración histórica, vale decir, los hechos materiales o psíquicos, mientras que el *thema probandum* coincide con todos aquellos hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada, necesarios para la dictación de una sentencia (Devis Echandía, 1988, p. 186). En cambio, otros autores, sin mediar distinción, engloban todo bajo la expresión «objeto de prueba» (Chiovenda, 1922, p. 1; Lessona, 1906, p. 273). Por nuestra parte, los consideraremos como equivalentes, no solo porque el uso de los términos ha terminado siendo indistinto, sino porque gran parte de las tipologías que buscan distinguir entre lo extraprocesal y lo endoprocesal han fracasado.

en primer término, revisaremos algunas aproximaciones hacia el concepto de *thema probandum* que permitan encuadrar la hipótesis de trabajo. Luego veremos cómo, a partir de una aproximación lingüística, es posible construir el objeto de prueba sobre la base de ciertos mínimos semánticos y sintácticos que permitan su corroboración³. Y finalmente, con objeto de ejemplificar la importancia que una aproximación como esta podría tener en la práctica, utilizaremos ciertas herramientas lógicas y lingüísticas que nos permiten afrontar ciertos problemas procesales tradicionales.

2. TRES APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE *THEMA PROBANDUM*

A continuación revisaremos el concepto de *thema probandum* desde tres aproximaciones diferentes: una jurídica, una epistémica y una lingüística. La primera de ellas la abordaremos, a su vez, desde una dimensión procesal, civil y penal.

2.1. El *thema probandum* desde una perspectiva jurídica

2.1.1. Derecho procesal y algunas distinciones inveteradas

a) La prueba de los «hechos»

Desde una dimensión procesal el *thema probandum* se encuentra íntimamente asociado al concepto de hecho. En este sentido, los procesalistas suelen sostener que el objeto de prueba son los hechos y no el derecho (Couture, p. 1958, p. 220; Lessona, 1906, p. 245-247; Sentís Melendo, 1957, p. 63); o que no son objeto de prueba los hechos absolutamente presumidos por la ley, ni los evidentes ni los notorios (Couture, 1958, p. 226; Alvarado Velloso, 2006, p. 33).

Lo mismo puede apreciarse en distintas latitudes a nivel legislativo, como ocurre al regular la fijación de «hechos substanciales controvertidos» (art. 318 del Código de Procedimiento Civil chileno); o al establecer que corresponde probar los «hechos que invoquen las partes y sean controvertidos» (art. 137 del Código General del Proceso uruguayo); o al exigir probar «determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos» (art. 167 del Código General del Proceso de Colombia).

Es así como el *thema probandum* aparece, en términos generales, como uno o más «hechos» controvertidos durante el curso del proceso. El concepto de hecho suele

³ También existen elementos pragmáticos sumamente relevantes para la construcción del *thema probandum*, como los términos indexicales utilizados en ciertos relatos aportados al proceso, que contribuyen a la determinación del significado en razón del contexto enunciativo. Sin embargo, en este trabajo nos centraremos únicamente en los aspectos semánticos y sintácticos más elementales.

entenderse como todo aquello que *existe* en el mundo en un tiempo presente o pasado, de manera tal que, cuando el juez se pronuncia sobre un hecho, emite un «juicio de existencia» o «juicio histórico», que consiste en afirmar que el hecho existió o no existió (Carnelutti, 1994, p. 77; Couture, 1958, p. 282).

b) La prueba del «derecho»

Uno de los puntos que ha concitado la atención de la dogmática procesal es si el derecho es o no realmente objeto de prueba. Este interrogante presupone que existe una diferenciación entre el plano fáctico y el jurídico, al punto de sostener que el derecho no forma parte del *thema probandum*, salvo contadas excepciones.

Las consideraciones esgrimidas por los procesalistas en favor de estos postulados, si bien resultan útiles desde un punto de vista práctico, no logran explicar teóricamente por qué en algunos casos el derecho se prueba y en otros no. El fundamento que suele ofrecerse podría resumirse en la presunción de conocimiento de la ley o del derecho. En este sentido, Couture (1958, p. 220) sostiene que la razón de que el derecho no se prueba se encuentra íntimamente conectada con la presunción de conocimiento, y que las obligaciones del demandado no se prueban porque todo el sistema jurídico parte de la base de dicha presunción (p. 226). En el caso de Chile, la presunción se construye sobre la base de los artículos 7° y 8° del Código Civil. Pero ¿quiere decir esto que tales enunciados no se prueban porque su contenido es normativo? Claramente no. La razón por la que *algunos* enunciados normativos no se prueban es porque existen disposiciones que presumen *iuris et de iure* determinados elementos asociados a tales enunciados, y es por esto que, al igual que cualquier presunción de esta naturaleza, no admiten prueba a favor ni en contra. Lo anterior permite explicar por qué hay derecho que sí se prueba (*v. g.* una obligación contractual).

Ahora bien, la pregunta realmente relevante es la siguiente: ¿qué es lo que se presume cuando hablamos de presumir el derecho? La respuesta no es tan fácil, pues comprende diversos elementos, tales como (i) la existencia de un enunciado normativo; (ii) el contenido de dicho enunciado; (iii) la pertenencia al ordenamiento jurídico⁴; (iv) la vigencia actual o futura, y (v) el conocimiento por parte de una determinada comunidad de los elementos (i), (ii), (iii) y (iv) anteriores.

La presunción *iuris et de iure* comprende todos estos elementos y se aplica —por antonomasia— a las disposiciones legales. Pero no se presume ni el derecho extranjero, ni la costumbre, ni los contratos, ni las sentencias, ni una serie de actos administrativos. En estos casos, los elementos anteriores son perfectamente acreditables. En suma, la distinción entre hecho y derecho no cuenta con un correlato desde el punto de vista del *thema probandum*. Un hecho puede ser o no objeto de prueba, y el derecho, a su vez, también.

⁴ La pertenencia es un elemento fundamental para la lógica de proposiciones normativas. *Cfr.* Ratti (2018, p. 14-17).

2.1.2. *Derecho civil y una lógica de condiciones sine quibus non*

Desde una dimensión civil, el análisis que se realiza va más allá de si existen o no hechos *controvertidos*, o de si se trata realmente de una cuestión de derecho. La dogmática civil apunta más bien a la concurrencia de determinados requisitos o presupuestos, generalmente sistematizados por la propia doctrina, que deben verificarse para poder aplicar cierta disposición. Se trata de una abstracción esquemática que reúne en un concepto todos los elementos esenciales de determinada figura jurídica (Couture, 1958, p. 284).

Un claro ejemplo es lo que ocurre con el derecho de daños, donde aparece como un lugar común la necesidad de contar con condiciones *sine quibus non* como (i) la existencia de una acción u omisión; (ii) que sea imputable a culpa o dolo; (iii) que genere un daño o perjuicio, y (iv) que exista una relación causal entre la acción u omisión y el daño o perjuicio que se genera (Barros Bourie, 2010, p. 61). Seguramente, a un civilista no le importará mayormente cuál es la situación procesal ulterior que pudiera suscitarse ante un conflicto de tal naturaleza ni tampoco la actitud que pudiere desplegar un litigante en el transcurso de un proceso. Lo verdaderamente relevante será si concurren o no los presupuestos (i), (ii), (iii) y (iv) más allá de los hechos específicos que cada parte asegura que ocurrieron y de la forma en que cada una los describe. De este modo, no parece realmente relevante si los hechos se encuentran especificados hasta el mínimo detalle o si solo se mencionan en forma genérica, ni hasta qué punto el contendor opuso genuina resistencia, en la medida que se puedan desprender los presupuestos *sine quibus non* propios del derecho de daños.

Sin embargo, si salimos del derecho de daños y vamos a materias más específicas, podríamos encontrarnos con cuestiones que no están suficientemente sistematizadas por la doctrina y que dificultarían una cabal comprensión de los presupuestos que deben concurrir para aplicar o no una disposición. Claros ejemplos de lo anterior lo constituyen las materias tributarias, eléctricas o de aguas⁵.

2.1.3. *Derecho penal y una sistematización desde la teoría del delito*

Una situación similar a la anterior ocurre con el análisis que suele hacerse por parte de la dogmática penal. El derecho penal contemporáneo ha logrado sistematizar con absoluto detalle todos y cada uno de los presupuestos que deben concurrir para la aplicación de una decisión condenatoria o absolutoria. Esto tanto a nivel general,

⁵ Tales materias suelen ser de difícil sistematización, tanto por su carácter técnico y especializado como por sus constantes modificaciones a lo largo del tiempo.

tal como ocurre con la teoría del delito, como a nivel especial, al regular los presupuestos que deben concurrir para que se configure una determinada conducta típica.

Una vez más, nos enfrentamos a una perspectiva sustantiva que centra su atención en el cumplimiento de determinados presupuestos que permitan resolver en un sentido u otro, más allá de la actitud que adopten los intervinientes en el proceso. De hecho, la controversia que pueda existir sobre los hechos termina siendo frecuentemente irrelevante, tanto porque existe el derecho a guardar silencio, que libera al imputado de cualquier carga de controvertir e impide al juez extraer consecuencias en su contra⁶, como porque los modelos institucionales se estructuran sobre la base de un órgano persecutor que debe acreditar que estos presupuestos específicos se cumplan para poder obtener una condena, sin dar mayor relevancia al aporte probatorio que pudiera efectuar la defensa⁷.

Es por esto que en los procesos penales no suele hablarse de hechos controvertidos como objeto de prueba, sino más bien de aquellos que constituyen la conducta típica, antijurídica y culpable que figura en la acusación fiscal⁸. En otras palabras, se produce una suerte de *sustitución* del enunciado a probar por una especie de «esquema típico»⁹ que ordena, agrupa y compartimenta los presupuestos fácticos jurídicamente relevantes.

2.2. El *thema probandum* desde una perspectiva epistémica: la hipótesis como objeto de prueba

Una aproximación distinta hacia el *thema probandum* la encontramos a un nivel epistemológico. Desde esta perspectiva, lo que corresponde acreditar en un proceso es una *hipótesis* formulada por alguna de las partes o intervinientes del proceso o, en su caso, alguna hipótesis compatible con la formulada por estos¹⁰. En este orden de ideas encontramos planteamientos como los de Laudan (2016), quien afirma que los veredictos no constituyen los hechos ni tampoco la prueba que se aporta al proceso,

⁶ Con esto solo queremos decir que el imputado cuenta con libertad de acción para dejar pasar los cargos que se formulen en su contra y mantener un rol pasivo a lo largo del proceso, sin necesidad de controvertir los hechos que se le imputan. En este sentido, los hechos controvertidos en el proceso penal aparecen como una cuestión completamente eventual. Ahora bien, esto no significa que, en caso de existir controversia, la defensa no pueda o no deba rendir prueba al proceso.

⁷ Véase, por ejemplo, la forma en que el artículo 341 del Código Procesal Penal chileno recoge el principio de congruencia, apuntando a una armonía entre los presupuestos fácticos que figuran en la acusación y la sentencia, sin mencionar siquiera la hipótesis fáctica de la defensa.

⁸ Cfr. Florian (1967, p. 79), quien sostiene que el objeto de prueba en materia penal lo conforman aquellos hechos que se refieren a los elementos objetivos y subjetivos constitutivos del delito imputado.

⁹ Cfr. Taruffo (2005, p. 165), a propósito de la prueba de los hechos psíquicos y las dificultades probatorias que presentan.

¹⁰ Cfr. Ferrer Beltrán (2021, p. 209) y (2018, p. 417), a propósito de la formulación de los estándares de prueba más exigentes.

pues ellos solo dan respuesta a una hipótesis particular acerca de los hechos (p. 12). Y más explícitamente lo manifiesta Ferrer (2007), al sostener que el juez opera en la posición análoga a la comunidad científica que evalúa el grado de corroboración de una hipótesis a la luz de las demás hipótesis rivales tomadas en consideración, los datos disponibles, los experimentos realizados, etcétera (p. 127).

Así las cosas, ya no se trata de determinar si ocurrió o no un hecho controvertido o si se verificaron o no ciertas condiciones *sine quibus non*, ni tampoco de responder de forma dicotómica, limitando las conclusiones probatorias a una cuestión de verdadero o falso, sino más bien del grado de confirmación con que cuenta una determinada hipótesis y de si puede verificarse en mayor o menor medida, según el respaldo que ofrezcan los elementos de juicio. Afirmer que una hipótesis cuenta con un alto grado de confirmación no equivale a afirmar que es verdadera, pero suministra una medida de la probabilidad de verdad (Gascón Abellán, 2010, p. 25).

Bajo esta óptica, el razonamiento que debe efectuar un tribunal para determinar si se aplica una consecuencia normativa no necesita de una conclusión donde se asegure que tal o cual hecho ocurrió o no ocurrió (incluso podría tratarse de un suceso futuro que ni siquiera ha ocurrido), sino más bien de una conclusión donde se afirme que una hipótesis cuenta con un grado de confirmación suficiente para aceptarla como probada.

2.3. El *thema probandum* desde una perspectiva lingüística: enunciados o proposiciones como objeto de prueba

Desde una perspectiva lingüística, el objeto de prueba no se analiza como hecho ni como hipótesis¹¹, sino simplemente como un enunciado o proposición, o como un conjunto de enunciados o proposiciones factuales. A partir de aquí utilizaremos —indistintamente— los términos *enunciado* o *proposición* como aquello que contiene cualquier expresión hablada o escrita, y que se puede escuchar o leer independientemente de quién la exprese y de dónde o cuándo se exprese (Tarello, 1974, p. 145). No problematizaremos tales términos, ni tampoco estableceremos preferencias sobre el mejor uso lógico-filosófico de cada uno¹².

En el marco de un litigio, los enunciados se presentan normalmente bajo la forma de un relato o una narración (Tuzet, 2021, p. 40) que, bajo el alero de una lógica tradicional, puede ser verdadero o falso, mientras que desde un prisma probatorio, pue-

¹¹ La *hipótesis* es una conjetura que se hace sobre los *hechos* y que se expresa a través de uno o más *enunciados*. En los procedimientos judiciales, la hipótesis suele presentarse como un conjunto de enunciados, interconectados entre sí, que conforman una macroconjetura explicativa de los hechos del proceso.

¹² *Cfr.* Quine (1986, p. 1-3), quien reflexiona precisamente sobre los conceptos de *enunciado* y *proposición* normalmente utilizados por los filósofos y señala lo artificioso que resulta distinguir entre uno y otro a efectos de analizar su verdad o su falsedad.

de probarse su verdad, su falsedad o ninguna de las dos. Esta perspectiva no es nueva ni tampoco realmente ajena a la tradición procesal continental. Así lo han entendido procesalistas como Carnelutti (1982, p. 40) o Goldschmidt (2015, p. 464) al recalcar que lo que se prueba no son los hechos sino las afirmaciones que se hacen sobre ellos, y así lo han destacado Taruffo y Marina Gascón, al sostener que cuando hablamos de la verdad de un hecho, en realidad hablamos de la verdad de un enunciado acerca de ese hecho (Taruffo, 2008, p. 19) y que, en rigor, el objeto de prueba no son los hechos, sino los enunciados sobre los hechos (Gascón Abellán, 2010, p. 76).

Sobre este punto no parece haber mayor discrepancia, exceptuando algunas posiciones particulares como la de González Lagier (2005, p. 36), quien sugiere una propuesta diferente: distinguir entre *objeto* y *hecho*. En este sentido, no se podría probar una mesa, por cuanto se trata de un objeto, pero sí se podría probar que la mesa existe en un determinado tiempo y lugar, pues esto último sí es un hecho. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que plantea el autor no hace sino confirmar que lo que se prueba son los enunciados que se predicán sobre los hechos o, más precisamente, el contenido de dichos enunciados¹³. La razón por la que *mesa* no se prueba no es porque sea un objeto, sino más bien porque no propone nada. En cambio, el predicado sobre la existencia de una mesa en un contexto espacio-temporal determinado sí describe la realidad y permite, a su vez, pronunciarlos sobre su verdad o falsedad.

Finalmente, un último punto que sería conveniente aclarar es que no concebimos las aproximaciones o perspectivas acerca del concepto de *thema probandum*, que hemos mencionado anteriormente, como corrientes de pensamiento que corran por cuerda separada, sino más bien como aristas que forman parte de un mismo polígono y que, conjuntamente, permiten delinear la silueta del objeto de prueba.

A continuación nos encargaremos de definir algunas cuestiones elementales, como la noción de *enunciado* desde la lingüística, la diferenciación entre distintas clases de *thema probandum* según su grado de abstracción y la *construcción*¹⁴ del objeto de prueba desde una perspectiva semántica y sintáctica.

3. CONSTRUCCIÓN DEL *THEMA PROBANDUM* DESDE UNA PERSPECTIVA LINGÜÍSTICA

3.1. «*Thema* en abstracto» vs. «*thema* en concreto»

Uno de los puntos que produce mayor confusión entre los litigantes es la forma en que los tribunales construyen el *thema probandum*, ya sea durante el transcurso

¹³ De este modo, la conclusión probatoria tendrá por objeto determinar si existe una relación de correspondencia entre el contenido de un enunciado y los hechos sobre los cuales versa.

¹⁴ Como bien señala Tuzet (2021, p. 36-37), el proceso de subsunción que realiza el juez no es en absoluto automático, sino que requiere previamente que el «hecho» sea construido a la luz del contexto normativo.

del proceso, mediante una resolución emitida al efecto o bien al dictar la sentencia, como parte del *iter* argumentativo. Y un punto que llama especialmente la atención es el nivel de abstracción o concreción con que se concibe el *thema probandum*, sobre todo en el momento de resolver un conflicto.

A veces los tribunales consideran que el enunciado que corresponde probar es aquel enunciado fáctico que se puede leer en una disposición normativa u obtener de la interpretación de esta u otras disposiciones normativas, y que se formula en términos abstractos. La abstracción consiste en no referirse directamente a un individuo u objeto particular, sino más bien en términos genéricos o de clases (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 305). Llamaremos a esta clase de enunciados «*thema probandum* en abstracto» o, simplemente, «*thema* en abstracto».

El *thema* en abstracto suele presentarse de dos formas distintas: (a) como un enunciado que se puede leer en una disposición normativa o (b) como un enunciado que se puede obtener de la interpretación de esta u otras disposiciones normativas. Tales formas podrían coincidir o no dependiendo de una serie de factores que se enmarcan en el plano de la *quaestio iuris* y que exceden del objeto de este trabajo. Pero lo importante es que la resolución de un conflicto sobre la base de una u otra forma no siempre nos lleva a un mismo resultado, sobre todo si se incorporan —por vía interpretativa— elementos que la disposición no contempla. Tal es el caso de la exigencia de un ánimo subjetivo especial¹⁵, sobre todo si el tipo penal no lo requiere, y que *prima facie* parece erróneo (pero podría perfectamente discutirse); o la exigencia de una relación de causalidad en delitos de mera actividad, lo cual no solo es erróneo, sino que constituye una verdadera paradoja conceptual¹⁶.

Otras veces los mismos tribunales estiman que más bien corresponde acreditar aquellos enunciados obtenidos en el marco de un proceso, por medio de las presentaciones escritas u orales efectuadas por uno o más sujetos procesales, y que se formulan en términos concretos. Llamaremos a esta clase de enunciados «*thema probandum* en concreto» o, simplemente, «*thema* en concreto»¹⁷.

El *thema* en concreto, tratándose de causas civiles (no penales) suele recogerse mediante puntos de prueba fijados por una resolución judicial, durante una fase preliminar o preparatoria del proceso, y sobre la base de la controversia efectiva que se produjo entre las partes. En cambio, tratándose de causas penales, no suele existir un pronunciamiento en tal sentido, entre otras razones porque no necesariamente existirá una controversia, y aun así habrá que acreditar aquellos enunciados que formen parte de la acusación fiscal.

¹⁵ Cfr. Rettig Espinoza (2019, p. 593), quien sostiene que si bien el legislador en la parte especial suele adicionar a las formas generales de imputación subjetiva elementos subjetivos especiales, estos no constituyen una categoría general de la teoría del delito.

¹⁶ *Ibid.*, (p. 148-149), a propósito del concepto y estructura de los delitos de mera actividad.

¹⁷ En un sentido similar, Florian (1967, p. 52) sostiene que el objeto de prueba en concreto se refiere a un caso particular.

La utilización de un *thema* en abstracto o de un *thema* en concreto reviste gran importancia para el resultado probatorio, ya que aparece como el horizonte hacia el cual queremos dirigirnos. Si ese horizonte cambia, las conclusiones sobre si arribamos o no finalmente a él, también. Veamos dos ejemplos sobre la base del sistema chileno que nos permiten apreciar con mayor detalle cómo estas concepciones pueden eventualmente diferir y afectar el resultado probatorio.

Pensemos en la determinación del *thema probandum* en una causa laboral por despido carente de causal. El objeto de prueba podría formularse en términos del enunciado «el contrato de trabajo terminó sin invocar ninguna causa legal»¹⁸ (*thema* en abstracto de la primera forma) o bien en términos del enunciado «Juan (representante del empleador) puso término al contrato de trabajo de Pedro (trabajador) en forma verbal y sin expresión de causa legal, el día D del mes M del año A» (*thema* en concreto). La acreditación del primer enunciado no implica la acreditación del segundo, pero la acreditación del segundo sí implica la acreditación del primero.

Imaginemos ahora que una persona interpone una demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil extracontractual. Será necesario determinar, en tal caso, si se acreditaron o no los presupuestos fácticos que permiten condenar a una suma de dinero por concepto de indemnización, pero ¿cuáles son los presupuestos fácticos que deben concurrir en ese proceso? Una primera respuesta podría ser: aquel enunciado contemplado en el artículo 2314 del Código Civil, esto es, «que se ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro» (*thema* en abstracto de la primera forma). Una segunda alternativa podría ser: todos aquellos requisitos que la doctrina civil entiende que deben concurrir para que se configure dicho régimen de responsabilidad, materializándose el objeto de prueba en aspectos más específicos como la acción u omisión, la relación causal, la culpa o el dolo y los diferentes tipos de daño (*thema* en abstracto de la segunda forma). Y una tercera opción sería: todos aquellos enunciados especificados por el sentenciador en el momento de fijar los puntos de prueba en la sentencia interlocutoria correspondiente (*thema* en concreto).

Lo anterior no es baladí, pues si bien las tres alternativas parecen apuntar a lo mismo, en realidad no tienen por qué coincidir. De hecho, las interlocutorias de prueba ocasionalmente fijan enunciados circunstanciales o periféricos sobre la base de las hipótesis que las partes presentaron, pero que no se encuentran previstos por la ley ni por la doctrina; o consideran menos elementos que los que en abstracto podrían preverse, simplemente porque en ese caso concreto no fueron objeto de controversia o aparecen como «notorios»; o derechamente ordenan probar «categorías jurídicas» y no los indicadores fácticos que las constituyen. Y aquí podríamos plantearnos diversas preguntas: primero, ¿qué pasa si se acredita genéricamente el enunciado previsto en el artículo 2314, pero no uno de los puntos de prueba que inicialmente se presentaron como *sine quibus non*?; segundo ¿qué pasa si el sentenciador advierte a

¹⁸ Formulación tomada a partir del artículo 168 del Código del Trabajo de Chile.

posteriori que los puntos fijados eran irrelevantes o que se encontraban erróneamente formulados y ahora ya no los necesita?

Claramente resulta necesario contar con herramientas que nos permitan construir un *thema* en concreto lo más preciso posible. Para esto resultan relevantes los aportes de la dogmática en cuanto buscan ordenar y sistematizar los presupuestos necesarios que se deben acreditar para la aplicación de una determinada norma, pero ese aporte se encuentra orientado a la determinación del *contenido* del objeto de prueba (principalmente del *thema* en abstracto), lo cual es una cuestión de fondo que, por cierto, varía de un sistema a otro. Sin embargo, quisiéramos centrarnos en la *forma* del objeto de prueba (particularmente del *thema* en concreto) y, más específicamente, en cómo este se construye a través del lenguaje. A fin de cuentas, el *thema probandum* no es otra cosa que un conjunto de palabras ordenadas que cumple con ciertas características que lo hacen inteligible y acreditable en un proceso.

Esto nos invita a reflexionar sobre qué aspectos semánticos y sintácticos debe contener un enunciado si es que queremos utilizarlo como objeto de prueba. Como veremos, no todos los enunciados son susceptibles de verdad o falsedad, o aun siendo susceptibles de una u otra, presentan importantes dificultades probatorias. Estos tópicos suelen estudiarse desde una perspectiva jurídica o desde un plano epistémico, pero rara vez desde una óptica lingüística.

3.2. Semántica de los enunciados en el *thema* en concreto

Para que un enunciado sea susceptible de prueba necesita contar con un significado determinado (o a lo menos determinable). La semántica de un enunciado y de los términos o palabras que lo conforman resulta fundamental para la inteligibilidad del *thema probandum*, y su inteligibilidad nos permitirá operar y razonar de mejor forma, ya que conocer el significado de una proposición es conocer las condiciones bajo las cuales esta es verdadera o falsa (Searle, 2011, p. 125). Esta idea se apoya en la forma en que normalmente utilizamos el lenguaje, pues el uso empírico entraña la existencia de ciertas reglas semánticas, como (*a*) la existencia de un objeto particular referido por un nombre y de (*b*) un atributo designado por un término general o predicado (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 305).

Una palabra sin significado¹⁹, como el término *troche*, es ininteligible y, por consiguiente, imposible de acreditar en juicio. Pero, si expresamos la locución adverbial *a troche y moche* —que significa disparatada e inconsideradamente²⁰— sí resulta in-

¹⁹ Sabemos que los significados de las palabras son, en último término, convenciones lingüísticas (Alchourrón y Bulygin, 1991, p. 305-306), pero en el caso que se presenta no hay una convención respecto del término singularmente considerado.

²⁰ Definición recogida a partir de la única acepción de la locución *a troche y moche* que nos aporta el Diccionario de la Real Academia Española.

religible y posible de acreditar²¹. Algo similar ocurre con aquellas palabras técnicas cuyo significado es generalmente desconocido, como si el *thema probandum* fuese que «Juan perdió el control del vehículo mientras se cruzaba frente a sus ojos un ave apodiforme perteneciente a la subfamilia de los troquilinos». Dicho enunciado, si bien es perfectamente acreditable, podría entrañar dificultades probatorias al estar conformado por términos que no forman parte del uso común. Pero, si convirtiésemos ese enunciado a un lenguaje coloquial y advirtiésemos que en realidad el ave apodiforme perteneciente a la subfamilia de los troquilinos no era más que un colibrí, seguramente el escenario se aclararía bastante. Eso es lo que ocurre a veces con la prueba científica y la acreditación de enunciados formulados en términos técnicos, que en muchas ocasiones desconocemos y que ameritan algún tipo de probanza especial que nos ilustre al menos sobre el significado de las palabras²².

Y lo mismo ocurre a nivel macro, esto es, a nivel del enunciado conformado por las palabras. Pensemos, por ejemplo, en los términos *triángulo*, *equilátero* y *mirar*, cuyo significado es ampliamente conocido y suficientemente preciso, pero que al unirse pueden formar un enunciado ininteligible, como «el triángulo equilátero mira». Los ejemplos anteriores nos ayudan a apreciar la importancia del significado de los enunciados y de las palabras que los conforman, además de la incidencia que pueden tener para una adecuada construcción del *thema* en concreto. Por esto resulta tan importante la doctrina, ya que ingresa al mercado jurídico como una productora o constructora de significado que facilita una mejor comprensión de los diversos enunciados. Sin embargo, la semántica no es todo, y no basta con que exista un significado determinado o determinable para que un enunciado sea susceptible de prueba.

²¹ Asumimos que dicha expresión se enmarca en el contexto de una conducta realizada por un sujeto que viene a ser modificada o calificada por dicha locución adverbial.

²² En términos lógicos, lo que ocurre es que existen dos términos que tienen una misma *extensión*, pero difieren en *intensión* (del lat. *intensio, -onis*). Por ejemplo, cuando una persona dice que tiene un *moretón en el ojo*, podemos comprender mediante una definición intensional coloquial que tiene una «mancha amoratada, negruzca o amarillenta en el ojo a consecuencia de un golpe u otra causa». Así lo define el Diccionario de la Real Academia Española y así lo entendemos normalmente. Sin embargo, cuando un médico dice que esa persona tiene una *equimosis periorbitaria*, no conocemos tal definición y, por consiguiente, desconocemos también si esos enunciados se relacionan o no. Pero, cuando consultamos una definición intensional técnica y nos damos cuenta de que equimosis es «una coloración de la piel, inicialmente violácea, que se produce por la extravasación de sangre en los tejidos a consecuencia de un traumatismo o de salida espontánea desde los vasos» (Diccionario Médico, 2002) y que la zona periorbitaria es la que rodea la órbita del ojo, podemos trazar una conexión entre las definiciones intensionales al conocer sus propiedades definitorias y concluir, finalmente, que los elementos que pueden incluirse en cada término son los mismos, coincidiendo así en *extensión*. Para una explicación más detallada sobre definiciones intensionales y extensionales, véase Russell, (1920, p. 12).

3.3. Sintaxis de los enunciados en el *thema* en concreto

Para que un enunciado sea susceptible de prueba necesita, además, contar con una determinada sintaxis. Cuando hablamos de sintaxis de los enunciados nos referimos a las agrupaciones de palabras conexas o relacionadas entre sí, con los medios para significar sus relaciones mutuas (Altieri Fernández, 2002, p. 25). Los enunciados que nos interesan no son aquellos que conforman una mera secuencia de palabras yuxtapuestas, sino una concatenación de términos interrelacionados. En efecto, cuando decimos «el perro ladra», no estamos pensando en un artículo determinante de género masculino, acompañado de un sustantivo que alude a un mamífero de la familia de los cánidos y seguido de un verbo conjugado que significa dar ladridos. Pensamos más bien en un *continuo* que representa a un perro realizando una cierta acción, sin desvincular al sujeto del predicado, ni las partículas que los conforman. En definitiva: no se prueba cualquier enunciado, sino aquellos que conforman una *unidad morfosintáctica* (Altieri Fernández, 2002, p. 26), que conocemos como oración.

A continuación desarrollaremos esta idea, a partir del concepto de completitud, que da cuenta de la sintaxis mínima que debe tener un enunciado para operar adecuadamente como *thema probandum* (en concreto). Luego veremos el concepto de circunstancialidad, que colabora con el de completitud como presupuesto de acreditabilidad.

3.3.1. *Completitud y circunstancialidad como presupuestos de acreditabilidad*

a) Completitud

Hemos dicho que la unidad morfosintáctica es la oración, pero aún no hemos definido qué entendemos por este concepto. En lingüística se dice que la oración corresponde a un enunciado que tiene *sentido completo*. Tener sentido completo puede significar muchas cosas²³, pero quisiéramos destacar dos acepciones particularmente relevantes. La primera, que representa un punto de vista pragmático, y apunta a que los enunciados completos expresan una afirmación o una negación, una pregunta, un deseo, un mandato u otros actos lingüísticos (Real Academia Española, 1973, p. 349); y la segunda, que representa un punto de vista estructural, y se centra en que los enunciados completos cuentan con ciertas formas mínimas que permiten

²³ En el ámbito iusfilosófico suele hablarse de enunciados completos a propósito de la interpretación jurídica. En este sentido, se ha dicho que el objeto de interpretación es un «enunciado completo», que podrá ser el texto de una disposición precisa o un fragmento de disposición, o bien el fruto de la recomposición de varios fragmentos de disposiciones (Guastini, 2014, p. 35 y 2016, p. 328). El enunciado completo presupone la designación de un comportamiento de personas determinables (Tarello, 1974, p. 349).

expresar dicho sentido en forma independiente (Jespersen, 1951, p. 114 y 130). Es así como encontramos dos clases de oraciones: las bimembres y las unimembres. Las oraciones bimembres son aquellas que se conforman sobre la base de un sujeto y un predicado, y constituyen el objeto principal del análisis sintáctico. Las oraciones unimembres son aquellas que no adoptan una forma dual sujeto-predicado, como las expresiones de la lengua española *llueve*, *nevaba*, *tronó* u otras donde se utilicen verbos unipersonales (Real Academia Española, 1973, p. 351). En cualquier caso, la utilización de un verbo resulta fundamental, ya que constituye un elemento que *da vida* a la oración (Jespersen, 1951, p. 86) y le permite formar una nueva entidad que trasciende más allá de las palabras que la conforman (Ricoeur, 2006, p. 21).

La construcción de un *thema probandum* que facilite un adecuado razonamiento probatorio requiere la utilización de enunciados con sentido completo, especialmente de aquellos que contienen una enunciación afirmativa o negativa y que, como regla general, cuentan al menos con una estructura bimembre de sujeto-predicado. No nos sirven para la construcción del *thema* en concreto los enunciados con contenido interrogativo, desiderativo o imperativo²⁴, y muy rara vez nos servirán los enunciados con estructura unimembre. A esta clase de completitud la denominaremos *completitud proposicional*, en cuanto se refiere a la proposición factual o enunciado fáctico que conforma el *thema probandum*.

Ahora bien, la mayoría de las veces no basta con la utilización de una estructura bimembre para completar el sentido de un enunciado, pues podría existir un sujeto y un predicado y aun así no comunicar nada (o tal vez muy poco). Tal es el caso del enunciado «alguien hizo», donde ni siquiera sabemos quién es ese alguien ni tampoco qué es lo que hizo. Es por esto que resulta necesario dar un paso más allá de la estructura bimembre y utilizar otras herramientas sintácticas que también contribuyen a la completitud del *thema probandum*, pero ya no a nivel macro, como ocurre con la completitud proposicional, sino más bien a nivel micro, esto es, al interior de los sintagmas que componen la proposición. A esta clase de completitud la denominaremos «completitud sintagmática».

²⁴ En casos muy excepcionales (que escapan a la forma en que los litigantes tradicionalmente se defienden), y bajo una interpretación un tanto forzada, podríamos quizá concebir que un enunciado interrogativo, desiderativo o imperativo fuese relevante para la construcción del *thema probandum*. Por ejemplo, si el demandado dijese en su contestación «¿cómo una persona como yo podría deber dinero a alguien?», y lo interpretáramos como «yo no debo dinero a nadie» o como «yo no debo dinero al demandante», la pregunta podría ser relevante. Si en su contestación dijese «demándame ante el juzgado civil, no ante el laboral» y lo interpretásemos como «este juzgado laboral no tiene competencia para conocer de este asunto, sino el civil», el mandato también podría ser relevante. Y, finalmente, si dijese «deseo pagar lo que realmente corresponde» y lo interpretáramos como «reconozco que existe una deuda, pero controvierto el *quantum* de lo demandado», el deseo podría ser relevante. Si bien esto podría ocurrir, no creemos que se pueda avanzar hacia la construcción de un *thema probandum* sin antes convertir o transformar el enunciado desde la sintaxis gramatical (interrogativa, desiderativa o imperativa) hacia la sintaxis lógica (declarativa). Para una mejor comprensión acerca de la diferencia entre forma gramatical y forma lógica, véase Higginbotham (1993).

Toda oración de estructura bimembre cuenta con dos sintagmas: el sintagma nominal y el sintagma verbal. El *sintagma nominal* está constituido por aquella palabra o grupo de palabras que conforman el sujeto. A su vez, el *sintagma verbal* se encuentra conformado por aquella palabra o grupo de palabras que conforman el predicado. El núcleo del sintagma nominal es un sustantivo, un pronombre o una palabra sustantivada; el núcleo del sintagma verbal es el verbo. Veamos, entonces, cómo podríamos mejorar la completitud sintagmática y facilitar la construcción del *thema probandum*.

En cuanto a la completitud del sintagma nominal, lo ideal es contar con un sujeto lo más determinado posible. De esta forma, mientras más datos conozcamos sobre el sujeto, más precisión tendremos en el momento de conectarlo con la acción que ejecute. Es por esto que, como mínimo, debemos conocer al sujeto que realiza la acción y para ello se necesita un sintagma nominal con un núcleo determinado o determinable²⁵.

Con *determinado* nos referimos a que de la sola lectura del sintagma nominal sea posible conocer el sujeto que ejecuta la acción. Con *determinable*, en cambio, nos referimos a que su sola lectura hace imposible conocer quién la ejecuta, pero que conjuntamente, y con la ayuda de otros enunciados periféricos, hacen posible su conocimiento. Por ejemplo, el enunciado «Juan lee un libro» (E1) cuenta con un sintagma nominal con sujeto determinado porque sabemos que quien lee es Juan; mientras que el enunciado «él lee un libro» (E2) cuenta con un sintagma nominal de sujeto determinable, en la medida que exista un enunciado como (E1) que permita asociarlo a dicho sujeto.

Si el sintagma nominal es indeterminado, entonces nos enfrentaremos a importantes dificultades probatorias, pues o no habrá forma de corroborarlo o bien será extremadamente difícil hacerlo. Tal es el caso de la conformación de un sintagma nominal por medio de un pronombre indefinido, como cuando decimos «alguien robó una bicicleta a B» y no sabemos quién es ese alguien, o por medio de un pronombre numeral, como cuando afirmamos que «tres robaron una bicicleta a B» y seguimos ante un mismo nivel de indeterminación. En todo caso, esto no quiere decir que los enunciados con este tipo de indeterminación sean inútiles, pues podrían aportar información relevante para el proceso, no en el sentido de determinar quién llevó a

²⁵ Tarello advierte muy bien cuál es la importancia de la completitud del sintagma nominal a efectos de verificar la verdad o falsedad de una proposición. En este sentido, señala que si en un enunciado aparece como sujeto un término o una frase que no es un nombre propio o que no se puede reducir a un nombre propio, existirá una descripción incompleta (Tarello, 1974, p. 191). En un sentido similar, Russell remarca la importancia de la forma en que describimos el sujeto de una proposición, distinguiendo entre dos clases de descripciones: las definidas y las indefinidas (Russell, 1920, p. 167-180). Las definidas podríamos ejemplificarlas con un enunciado del tipo «el X es Y», mientras que las indefinidas con un enunciado del tipo «un X es Y» (los ejemplos y el subrayado son nuestros). No da lo mismo describir en forma definida o indefinida, pues en el primer caso se trata de un enunciado específico que solo podrá acreditarse si ese único e irrepetible X existe, mientras que, en el segundo caso, podrá acreditarse con cualquier clase de X. Además —y esto es lo que más interesa a Russell— una descripción definida implica una descripción indefinida, en el sentido de que si existe «el X» es porque existe «un X».

cabo la acción, pero sí tal vez para confirmar que la bicicleta fue sustraída por una persona y no se trató de una desaparición por causas naturales o sobrenaturales. Este tipo de formulaciones, si bien parecen ajenas a la forma en que suelen relatarse los acontecimientos que motivan un juicio, en realidad no lo son. En Chile, por ejemplo, existen las querellas por delitos contra «quienes resulten responsables»²⁶, que podrían perfectamente originarse en enunciados con sintagmas nominales de sujeto indeterminado que impidan contar con un mínimo de completitud sintagmática.

Ahora bien, con respecto a la completitud sintagmática verbal, nos centraremos en tres elementos que nos parecen sumamente relevantes: la importancia del complemento directo, del complemento indirecto y del complemento circunstancial. El *complemento directo* es una unidad relacional que consiste en la entidad sobre la cual recae directamente la acción de un verbo y que puede identificarse normalmente por su posición en el interior de la oración (inmediatamente detrás del verbo). Para esto se requieren cierta clase de verbos, denominados *transitivos*, que exigen un complemento para completar su significación. Es así como el enunciado «A robó» carece de significado completo, ya que para robar se necesita un objeto robado y, sin esa información, resulta imposible contrastar el enunciado con los hechos que ocurren en el mundo. E incluso si interpretáramos generosamente el enunciado anterior en términos de «A robó algo» o «A robó una cosa», sigue siendo inespecífico, pues no sabemos aún qué fue lo robado. Esta clase de enunciados aparece en casos reales, por ejemplo, en aquellos donde únicamente se pretende conocer si alguien realizó o no una conducta a efectos de determinar una eventual reincidencia, pero difícilmente para la existencia de un hecho punible y su participación. Distinto es el caso de los verbos *intransitivos*, como el verbo *ser* o el verbo *estar*, que no exigen complemento directo para completar su significado. Por ejemplo, el enunciado «Dios existe» no requiere un objeto sobre el cual recaiga la existencia; es el sujeto mismo quien existe²⁷.

Por su parte, el *complemento indirecto* también es una unidad relacional que consiste en la entidad receptora, destinataria, experimentadora o beneficiaria del objeto sobre el cual recae la acción, y que puede identificarse normalmente por la preposición *a* si el complemento es un nombre o un grupo nominal y puede sustituirse o coaparecer con los pronombres átonos de dativo, como *le* o *les* (Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2010, p. 671). Por ejemplo, si tenemos el enunciado «A robó una bicicleta», para contar con un significado lo más completo posible es necesario agregar el sujeto respecto de quien se sustrajo

²⁶ Esta fórmula, que suelen utilizar los querellantes para perseguir la responsabilidad penal de personas cuya identidad aún desconocen, nace de lo dispuesto en la letra c) del artículo 113 del Código Procesal Penal chileno.

²⁷ Desde luego que esta ejemplificación podría ser redefinida en el lenguaje y sustituirse por otras expresiones en que se utilicen verbos transitivos o intransitivos, como si dijésemos que «Dios pertenece al mundo» para expresar su existencia de una forma intransitiva equivalente, o si afirmásemos que «Dios tiene una propiedad inmanente consistente en existir» para expresar lo mismo de una forma transitiva. Esto es parte de la versatilidad y dinamismo propio del lenguaje común.

dicha bicicleta. El enunciado completo acreditable revestiría una forma como la siguiente: «A robó una bicicleta a B», siendo «a B» el complemento indirecto. Esta es una exigencia mínima desde el punto de vista lingüístico y que tiene, por cierto, total aplicación en nuestros sistemas jurídicos, pues se diseñan normalmente sobre la base de un sujeto activo y uno pasivo, de un autor y una víctima, de un deudor y un acreedor, etc.

En suma, el sentido completo no solo exige una estructura bimembre sino también, dependiendo de la clase de verbo utilizado, una eventual complementación que apunte hacia el objeto de la acción y el destinatario de esta.

b) Circunstancialidad

Hemos visto que para la construcción de un *thema probandum* (en concreto) necesitamos un enunciado con estructura bimembre (sujeto-predicado). Pero para poder acreditar tal enunciado se requieren elementos adicionales que permitan circunscribirlo espaciotemporalmente. Y la forma de hacerlo es incorporar palabras que se conectan sintácticamente con el núcleo del predicado (el verbo).

Desde un punto de vista morfológico, existen múltiples formas de circunscribir un predicado en el espacio-tiempo: por medio de partículas simples, como los adverbios de tiempo y lugar (*v. g.* aquí, ahora), las preposiciones (*v. g.* bajo, sobre, hacia, hasta, durante) y las conjunciones (*v. g.* cuando, donde); o por medio de partículas compuestas, como las locuciones adverbiales (de repente, de nuevo, de acá para allá, de vez en cuando) o las locuciones preposicionales (*v. g.* junto a, debajo de, en vísperas de). Ahora bien, desde un punto de vista sintáctico, todas estas formas de circunscribir el predicado se pueden recoger bajo un rótulo genérico, que conocemos como *complemento circunstancial*. El complemento circunstancial concurre como un modificador del verbo y toma este nombre porque especifica las circunstancias que acompañan las acciones o los procesos (Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, (2010 p. 16).

Los enunciados que conforman el objeto de prueba necesitan, como mínimo, una especificación mediante la utilización de un complemento circunstancial. En caso contrario, la prueba de tales enunciados sería prácticamente imposible. Pensemos, por ejemplo, qué ocurre si A roba la bicicleta a B y el *thema* en concreto fuese simplemente «A robó la bicicleta a B». Si bien lógicamente el enunciado es susceptible de verdad o falsedad —y puede incluso inferirse lógicamente que, si «A robó la bicicleta a B» es verdadero, entonces es falso que «A no robó la bicicleta a B»—, no contamos con la información necesaria para comprobar si alguno de esos enunciados es verdadero o falso, pues no sabemos aún en qué contexto espaciotemporal A robó la bicicleta a B. En cambio, si construimos el enunciado bajo la forma «A robó la bicicleta a B el día D y en el lugar L», reducimos considerablemente todas las posibilidades de haber realizado esa acción en un tiempo pretérito indefinido y en un lugar indeterminado. Cabe señalar, de paso, que «A robó la bicicleta a B el día D y en el

lugar L» implica lógicamente «A robó la bicicleta a B», lo que permite observar que, probando un enunciado específico, se prueban también varios enunciados genéricos («A robó alguna vez», «A robó algún objeto en su vida»).

La construcción de un objeto de prueba por medio de enunciados completos y circunstanciados facilita la producción probatoria, permite realizar inferencias más precisas y contribuye a un mejor control intersubjetivo de las relaciones lógicas existentes entre tales enunciados. En cambio, un enunciado incompleto o desprovisto de elementos circunstanciales nos impide operar adecuadamente, pues nos obliga a determinar lo indeterminado o a definir lo indefinido.

4. HERRAMIENTAS LÓGICAS Y LINGÜÍSTICAS QUE PERMITEN AFRONTAR PROBLEMAS PROCESALES TRADICIONALES

El lenguaje y la lógica se encuentran íntimamente relacionados. Para poder operar lógicamente es necesario contar con ciertas estructuras sintácticas que permitan relacionar aquellos elementos objeto de raciocinio. Y también es útil —aunque no necesario²⁸— conocer el significado de tales elementos, sobre todo cuando se aplica a ciertos ámbitos específicos del conocimiento. A su vez, el lenguaje se construye lógicamente y se encuentra sujeto a reglas que permiten expresarlo de forma organizada. El lenguaje designa los objetos mediante símbolos que muestran el lugar que ocupan estos en un sistema y, por consiguiente, su posición frente a otros objetos diferentes (Carnap, 2001, p. 12).

En materia probatoria, tanto el lenguaje como la lógica tienen bastantes puntos de encuentro, pues trabajamos con enunciados o proposiciones que se comportan como premisas de un silogismo, cuyo contenido se expresa en palabras con un significado convencionalmente aceptado por una comunidad.

A continuación veremos cómo las distintas áreas concurren en el momento de enfrentarnos a problemas procesales tradicionales y de qué forma permiten resignificar tales problemáticas.

4.1. Tipos de equivalencias para la reconsideración de los postulados generales sobre la prueba de los «hechos negativos»

Una idea que tal vez ha tomado más fuerza de la que quisiéramos, es aquella que, con objeto de categorizar los hechos que ocurren en el mundo, distingue entre

²⁸ *Cfr.* Russell (2010, p. 48), quien sostiene que el significado de las palabras es irrelevante para la lógica.

hechos positivos y hechos negativos. Los procesalistas han tomado esta idea y la han propagado como si realmente existiese una diferencia entre unos y otros²⁹ y —peor aún— como si fuese posible identificar dicha diferencia en un caso concreto. Pues bien, no compartimos esta idea, por dos razones.

Primero, porque ontológicamente, los hechos que ocurren en el mundo no son positivos ni negativos; son, por así decirlo, neutros. En este sentido, el devenir de los acontecimientos en el espacio-tiempo es una especie de continuo que no admite fragmentaciones objetivas, más allá de las que podamos construir en nuestra mente y expresar a través del lenguaje. No existen, en definitiva, entidades negativas, algo así como «seres inexistentes» ni entidades positivas representadas por los «seres existentes» (valga la contradicción y la redundancia).

Segundo, porque tal como hemos dicho, lo que realmente es positivo o negativo es el enunciado por medio del cual describimos un determinado hecho. Normalmente los operadores jurídicos denominan hechos negativos a los enunciados fácticos formulados en términos de negación, y hechos positivos a los formulados en términos de afirmación. De hecho, el célebre brocardo procesal que se utiliza desde antiguo para distinguir entre hechos negativos y positivos jamás habla de hechos, sino de afirmaciones y negaciones («*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*»). Por eso es que preferimos seguir hablando de enunciados en vez de hechos, de afirmaciones en vez de hechos positivos y de negaciones en vez de hechos negativos. Además, tal como veremos a continuación, en términos proposicionales una negación puede transformarse en afirmación, y viceversa, de manera que insistir en la idea de una separación fuerte entre hechos positivos y negativos no nos parece adecuado ni tampoco realmente relevante³⁰. Veamos, entonces, algunas herramientas lógicas, lingüísticas y jurídicas que nos permiten homologar enunciados positivos y negativos³¹.

4.1.1. *Obversión y contraposición como equivalencia lógica*

Una primera forma de homologar enunciados positivos y negativos es a través de determinadas operaciones lógicas. Como punto de partida, es importante aclarar

²⁹ Cfr. Hunter Ampuero (2015, p. 218).

³⁰ Considérese también que no siempre es fácil determinar cuándo un enunciado es positivo o negativo. Pensemos en aquellos enunciados formulados en términos de «negación de negación», como «no quiero no ser parte de este selecto grupo», que denota un «querer participar»; o enunciados que en su sintaxis gramatical son claramente afirmativos, pero que en su sintaxis lógica no lo son, como «es verdad que el universo está lejos de encontrarse en compresión» (afirmación), que implica tanto el enunciado «no es verdad que el universo esté en compresión» (negación) y, al mismo tiempo, una disyunción que se puede expresar bajo el enunciado «o bien es verdad que el universo es estable, o bien es verdad que está en expansión» (afirmaciones disyuntivas).

³¹ El proceso de homologación lo concebimos desde la óptica del juez que construye el *thema probandum* (en concreto). Las partes, por cierto, podrán relatar los hechos de la forma que estimen conveniente.

que para la lógica clásica —entiéndase aquí como la lógica aristotélica—, existen dos grandes clasificaciones proposicionales: (i) universales versus particulares y (ii) afirmativas versus negativas. Si las combinamos obtenemos cuatro tipos de proposiciones: (a) universales afirmativas, (b) universales negativas, (c) particulares afirmativas y (d) particulares negativas. Un ejemplo de proposición universal afirmativa sería «todo A es B»; uno de universal negativa sería «ningún A es B»; uno de particular afirmativa, «algún A es B», y uno de particular negativa, «algún A no es B». En t r e tales proposiciones ya se pueden realizar algunas inferencias:

(i) Si nuestra proposición es universal afirmativa, puede inferirse que la proposición particular negativa es falsa (v. g. si todo procesalista es seguidor de Carnelutti, entonces es falso que algún procesalista no es seguidor de Carnelutti).

(ii) Si nuestra proposición es universal afirmativa, puede inferirse que la proposición particular afirmativa es verdadera (v. g. si todo procesalista es seguidor de Carnelutti, entonces es verdadero que algún procesalista es seguidor de Carnelutti).

(iii) Si nuestra proposición es universal negativa, puede inferirse que la proposición particular afirmativa es falsa (v. g. si ningún procesalista es seguidor de Carnelutti, entonces es falso que algún procesalista es seguidor de Carnelutti).

(iv) Si nuestra proposición es universal negativa, puede inferirse que la proposición particular negativa es verdadera (v. g. si ningún procesalista es seguidor de Carnelutti, entonces es verdadero que algún procesalista no es seguidor de Carnelutti).

Pues bien, además de estas reglas básicas, existen otras reglas especiales que son fundamentales para un acertado razonamiento. Nos referimos a la conversión, la obversión y la contraposición. Más que «reglas de la lógica» (como suele decirse en la praxis judicial), son operaciones lógicas regladas. La *conversión* es una inferencia que resulta de intercambiar el sujeto y el predicado de la proposición (Copi y Cohen, 2013, p. 229). Por ejemplo, si intercambiamos «ningún procesalista es seguidor de Carnelutti» por «ningún seguidor de Carnelutti es procesalista». El intercambio en los términos es perfectamente legítimo sin incurrir en ningún razonamiento inválido. Sin embargo, esto solo resulta posible en las proposiciones universales negativas y en las particulares afirmativas (Copi y Cohen, 2013, p. 230). En las particulares negativas nunca es válida la inferencia, mientras que en las universales afirmativas es posible realizarlas, pero limitándolas (cambiando el «todo» por «algún», esto es, que la conversa sea particular afirmativa). De ahí que no es correcto sostener que de «todo procesalista es seguidor de Carnelutti» se sigue que «todo seguidor de Carnelutti es procesalista». El seguidor de Carnelutti podría ser, por ejemplo, un epistemólogo *gironí* no procesalista.

Todo lo anterior se puede ilustrar por medio del siguiente cuadro, donde la proposición original se encuentra a la izquierda y la conversa a la derecha:

| CONVERSIÓN | |
|-----------------|---------------------------------|
| Todo A es B | Algún B es A (se particulariza) |
| Ningún A es B | Ningún B es A |
| Algún A es B | Algún B es A |
| Algún A no es B | No es válida la conversión |

La *obversión* es una inferencia inmediata que se produce al cambiar una cualidad (afirmativa a negativa, o viceversa) y reemplazar el predicado con su complemento, manteniendo lo demás constante (Copi y Cohen, 2013, p. 232). Por ejemplo, sostener que de «todos los procesalistas son seguidores de Carnelutti» se sigue que «ningún procesalista es no seguidor de Carnelutti». Esta regla resulta aplicable en los cuatro tipos de proposiciones. De ahí que también es válido sostener que de «algún procesalista es seguidor de Carnelutti» se sigue que «algún procesalista no es no seguidor de Carnelutti».

En el siguiente cuadro podemos apreciar también cómo la proposición original (izquierda) se transforma en la proposición obversa (derecha):

| OBVERSIÓN | |
|-----------------|--------------------|
| Todo A es B | Ningún A es no-B |
| Ningún A es B | Todo A es no-B |
| Algún A es B | Algún A no es no-B |
| Algún A no es B | Algún A es no-B |

Finalmente, encontramos la *contraposición*, que es una inferencia inmediata que se puede reconducir a las primeras dos: conversión y obversión³². Es el resultado de reemplazar el sujeto con el complemento de su predicado y de reemplazar el predicado con el complemento del sujeto sin cambiar la cualidad ni la cantidad de la proposición original (Copi y Cohen, 2013, p. 233). Por ejemplo, «todo procesalista es seguidor de Carnelutti» equivale a decir que «todo no seguidor de Carnelutti es no procesalista». Quizás la equivalencia ya no resulta tan intuitiva, pero si lo pensamos bien, e imaginamos que todos y cada uno de los procesalistas del mundo siguieran necesariamente a Carnelutti, sería evidente que quien no lo sigue no es procesalista.

³² En realidad, la contraposición es el resultado de tres operaciones: obversión, conversión y obversión. Por ejemplo, si la proposición original fuera «todo A es B», para llegar a la contrapuesta, que sería «todo no-B es no-A», tendríamos que hacer las siguientes operaciones:

- (i) Una obversión, obteniendo «ningún A es no-B»;
- (ii) Una conversión, obteniendo «ningún no-B es A»;
- (iii) Una segunda obversión, obteniendo «todo no-B es no-A».

La contraposición es, entonces, la obversa de la conversión de la obversa.

La contraposición solo puede aplicarse válidamente en las proposiciones universales afirmativas y en las particulares negativas, pero nunca en las particulares afirmativas y solo de forma limitada en las universales negativas (cambiando el «ningún» por «algún...no»). De ahí que jamás pueda sostenerse que de «algún procesalista es seguidor de Carnelutti» se sigue que «algún no seguidor de Carnelutti es no procesalista».

Para ilustrar este último ejemplo, pensemos en la siguiente situación: existen solo tres personas en el mundo, dos procesalistas y un no procesalista. El primer procesalista no sigue a Carnelutti (sigue a Chioyenda), pero el segundo sí. Y el no procesalista sigue también a Carnelutti, pues es un epistemólogo *gironí* que, a partir de sus postulados, siguió algunas ideas sobre la búsqueda de la verdad. Podríamos sostener, pues, que es verdadero que algún procesalista (no todos) es seguidor de Carnelutti (el segundo que acabamos de mencionar), pero es falso que algún no seguidor de Carnelutti es no procesalista, pues de las tres personas, el único que no sigue a Carnelutti es, de hecho, procesalista y no existen otros no seguidores no procesalistas. Desde luego que si cambiáramos el ejemplo, y agregáramos a una cuarta persona no procesalista que no siga a Carnelutti, podría —por coincidencia— ser verdadera la afirmación, pero lo que importa para la lógica deductiva no son las relaciones contingentes (que pueden existir o no), sino las que se siguen necesariamente.

En el siguiente cuadro podemos apreciar cómo la proposición original (izquierda) se transforma en la proposición contrapuesta (derecha):

| CONTRAPOSICIÓN | |
|-----------------|---|
| Todo A es B | Todo no-B es no-A |
| Ningún A es B | Algún no-B no es no-A (se particulariza) |
| Algún A es B | No es válida la contraposición |
| Algún A no es B | Algún no-B no es no-A |

¿Tiene todo esto alguna relación con la prueba? Pues bastante, porque tanto en el caso de la obversión como en el de la contraposición queda demostrado cómo las afirmaciones pueden transformarse en negaciones y las negaciones en afirmaciones. Más evidente resulta en la obversión, en cuanto de su sola lectura se aprecia un tránsito bidireccional entre el «ser» y el «no ser», y menos evidente en la contraposición, en cuanto la negación no aparece como una modificación del «ser», sino como complemento del sujeto o del predicado. ¿Qué diferencia existe, entonces, entre una afirmación y una negación? Nos parece que solo una cuestión de forma³³.

³³ Tal vez podría ensayarse la idea de que existen diferencias epistémicas entre afirmar y negar, en el sentido de que sería más fácil probar una afirmación que una negación, como cuando decimos «Fulano jamás dijo X» (negación) versus «Fulano alguna vez dijo X» (afirmación), lo cual, intuitivamente, puede parecer correcto. Sin embargo, creemos

4.1.2. *Antonimia como equivalencia lingüística*

Una segunda forma de transformar enunciados negativos en positivos o positivos en negativos es por medio de la utilización de antonimias. Para homologar estos enunciados se requiere tanto una base sintáctica, que tomaremos prestada de la obversión y de la contraposición, como una base semántica, que se traduce en el reemplazo de un término anterior por el de un nuevo término cuyo significado es opuesto al primero.

Es así como podemos convertir el enunciado «el homicidio se perpetró durante la noche» por su semejante «el homicidio no se perpetró durante el día». En este caso, sin embargo, existe el riesgo de que la sustitución de un término por otro signifique una pérdida de sentido y/o del valor de verdad. Esto se produce porque el término *noche* no es contradictorio con el término *día*, o al menos no necesariamente. Podría concebirse un *tertium quid* consistente en el término *tarde*, para luego afirmar que ambas proposiciones pueden ser falsas, porque no se perpetró el homicidio ni en la noche ni en el día, sino en la tarde. Esto es lo que se conoce normalmente como una relación de contrariedad, pero no de contradicción.

El riesgo de la pérdida de significado y las eventuales consecuencias en el valor de verdad no guardan relación alguna con la base sintáctica que permite transformar tales enunciados, sino más bien con la base semántica utilizada, de manera que el riesgo antedicho no es más que una característica connatural al lenguaje humano, donde los significados no siempre (más bien casi nunca) son unívocos o precisos. Lo importante es que, a efectos prácticos, podemos establecer equivalencias entre afirmaciones y negaciones con herramientas sencillas como la antonimia y que apuntan en contra de las inveteradas dicotomías procesales.

4.1.3. *Interpretación como equivalencia jurídica*

Finalmente, una última forma de transformar afirmaciones en negaciones y viceversa es a través de la homologación que hace el derecho sobre determinados enunciados fácticos que se miran como equivalentes. Aquí no siempre interesa el signifi-

que esta idea es errónea por dos razones. En primer lugar, porque si bien en ese caso parece epistémicamente mucho más difícil probar que «Fulano jamás dijo X» en comparación a que «Fulano alguna vez dijo X», esto no ocurre porque el primer enunciado sea negativo y el segundo positivo, sino por el rol que cumplen los complementos circunstanciales de tiempo y la diferencia que existe entre «jamás» y «alguna vez». Pero si circunscribimos ambos enunciados a un día y hora en particular, ya no resulta claro que uno sea epistémicamente más difícil de probar que otro. Tal sería el caso de acreditar el enunciado «Fulano dijo X un día y hora específicos» versus «Fulano no dijo X un día y hora específicos». Ahora un mismo testigo o una misma grabación podrían confirmar perfectamente que lo dijo o no lo dijo. Y, en segundo lugar, porque dicho ejemplo podría utilizarse para demostrar lo contrario. Imaginemos que los enunciados ahora son «Fulano guardó silencio siempre sobre X» (afirmación) versus «Fulano no guardó silencio sobre X alguna vez» (negación). Ahora la figura difícil de probar es la positiva y no la negativa.

cado coloquial de las palabras que conforman dichos enunciados ni las etimologías que permiten trazar relaciones entre unas y otras, sino la forma en que el derecho las comprende.

Es así como dos proposiciones que, en principio, podrían no tener relación, se aceptan como equivalentes para efectos jurídicos. Por ejemplo, el enunciado «no existe error, ni fuerza, ni dolo» y su equivalencia jurídica en «existe una voluntad exenta de vicios»; o la proposición «no existe a día de hoy juicio pendiente entre las partes» y su equivalencia en «existe una demanda que a día de hoy está pendiente de notificar a la contraparte». En ambos casos sería sumamente difícil, sin conocer el derecho vigente, afirmar que tales enunciados significan lo mismo, pero si considerásemos lo establecido en el derecho chileno, sobre la base de las interpretaciones mayoritarias, sería bastante fácil poder justificarlo.

El punto es que, en ambos ejemplos, nos encontramos nuevamente con una equivalencia entre enunciados formulados en términos afirmativos y otros expresados en términos negativos. Todo esto nos lleva a concluir que la tipología hecho positivo/hecho negativo, tan difundida en diversas latitudes, no cuenta con una base sólida, lo cual resulta sumamente relevante —por no decir peligroso— para el derecho, sobre todo considerando que, quienes utilizan esa tipología, suelen afirmar que una clase de «hechos» no se prueba, mientras que la otra sí.

4.2. Modos verbales como herramientas para enfrentar dificultades probatorias: «hechos futuros» y «hechos eventuales»

Concebir el *thema probandum* desde una perspectiva lingüística, y construirlo sobre la base de enunciados completos y circunstanciados nos permite enfrentar algunos tópicos relevantes, como la prueba de los hechos futuros y eventuales, desde un plano diferente al que comúnmente acostumbramos. Cuando hablamos, desde un plano ontológico, sobre hechos futuros y eventuales, sabemos que en el mundo nada ha ocurrido. Sin embargo, aun así nos preocupamos de estos fenómenos porque en el derecho —y en la vida misma— nos parece relevante saber qué ocurrirá más adelante o qué es lo que pudiese haber ocurrido en un contexto diferente. Para estos casos resultará útil la experiencia, la estadística y los cálculos matemáticos que nos permitan proyectar la realidad hacia otras dimensiones diferentes.

Pues bien, aquellas cosas que ocurren en el mundo, aquellas que van a ocurrir y aquellas que podrían haber ocurrido pueden perfectamente describirse en el lenguaje. Y es que el lenguaje es tan versátil que puede encapsular el tiempo en sus diversas conjugaciones y modos verbales. Aristóteles fue capaz de ver muy bien este punto al señalar que el *nombre* es un sonido significativo por convención, que no indica nada

sobre el tiempo, a diferencia del *verbo*, que cosignifica tiempo³⁴. No es lo mismo mencionar la palabra *salud* que afirmar que alguien «está sano»; estar sano cosignifica un «ahora» (Aristóteles, 1995, *Int. 16a, 20 y 16 b, 10*).

A continuación veremos someramente cómo los distintos modos verbales y las conjugaciones que los componen desempeñan un rol relevante para la comprensión del objeto de prueba y de ciertas dificultades probatorias.

4.2.1. *Modo indicativo como escenario óptimo*

El modo indicativo aparece como el escenario óptimo para formular enunciados fácticos, especialmente las formas pretéritas (*v. g.* pretérito perfecto simple y pretérito imperfecto). Esto nos resulta natural, ya que los enunciados que se presentan al proceso revisten generalmente la forma de un relato lineal que se narra en tiempo pasado, pero excepcionalmente se presentan enunciados que responden a una cronología diferente, como las proposiciones presentes y futuras, o a estructuras más complejas, como las proposiciones condicionales.

Las proposiciones presentes y pasadas, en cuanto ambas afirman o niegan algo acaecido o que está acaeciendo, no presentan gran diferencia en cuanto a la construcción del *thema probandum*. Sin embargo, desde un punto de vista sintáctico, los enunciados presentes permiten un cierto relajo en las exigencias de circunstancialidad que no siempre se da en los enunciados pasados. Por ejemplo, si el enunciado que se pretende acreditar establece relación con alguna enfermedad padecida por el demandante y se formula en términos pasados (*v. g.* «el demandante tuvo un cuadro depresivo»), será relevante conocer la época en que padeció dicha enfermedad y se requerirá la utilización de un complemento circunstancial (*v. g.* «el demandante tuvo un cuadro depresivo en diciembre del año pasado»). En cambio, si el enunciado que se pretende acreditar se formula en términos presentes (*v. g.* «el demandante tiene un cuadro depresivo»), podrían relajarse las exigencias de circunstancialidad³⁵ por lo que *cosignifica* un verbo conjugado en presente³⁶. Lo anterior nos permite mostrar que los «hechos presentes» son normalmente fáciles de acreditar, ya no solo por cuestiones epistémicas, sino porque el enunciado se construye con un cierto relajo que flexibi-

³⁴ Velarde Lombráña aclara que cosignificar tiempo, a diferencia de significar tiempo, —lo cual también pueden hacer algunos nombres; por ejemplo, *día*, *hora*, etc.— quiere decir que la cosa significada añade siempre el tiempo en que ella ocurre (Velarde Lombráña, 1989, p. 45). Así, por ejemplo, *paseará* significa «el paseo que ocurrirá después»; y *pasea* significa «el paseo que ocurre ahora».

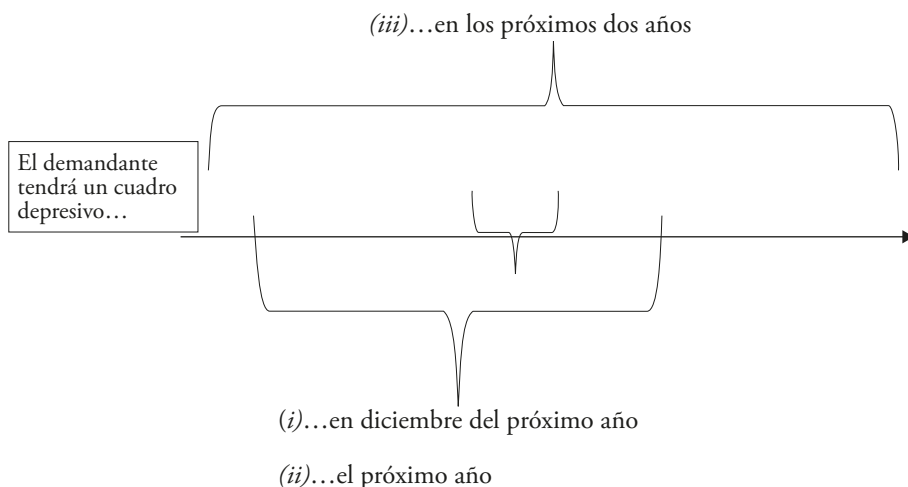
³⁵ Desde luego que si el *thema probandum* fuese más específico, como la acreditación de un tipo de depresión en particular, las circunstancias temporales serían relevantes.

³⁶ Cabe notar que la distinción entre pasado y presente no siempre es tan categórica. Existen, por ejemplo, casos en que el presente y el pasado se unen, tal como ocurre con el pretérito perfecto compuesto que, por lo mismo, se le llama también antepresente (*v. g.* «el demandante ha tenido un cuadro depresivo»), u otros casos análogos, como el pretérito pluscuamperfecto, también llamado antecopretérito (*v. g.* «el demandante había tenido un cuadro depresivo»).

liza el marco temporal al subentender el complemento circunstancial y sustituirlo imaginariamente por un «ahora», «durante estos meses», «todos los años», «con cierta frecuencia», etc.

Por su parte, las proposiciones futuras suelen presentar mayor complejidad que las presentes y pasadas. El principal problema estriba en describir, afirmando o negando, algo que (aún) no ha acaecido. Ahora bien, desde un punto de vista sintáctico, nos enfrentamos a un problema similar al anterior, en cuanto a la necesidad de circunstanciar el enunciado. Acabamos de ver que esta necesidad se produce a medida que nos alejamos del presente, pues de esa forma logramos capturar la realidad y enmarcarla en las coordenadas del lenguaje. Lo mismo suele ocurrir hacia el futuro: a mayor lejanía del presente, mayor necesidad de circunstanciar³⁷. El problema es que circunstanciar un enunciado futuro es —en principio— más complejo que un enunciado pasado. Por ejemplo, decir que «el demandante tuvo un cuadro depresivo en diciembre del año pasado» suele ser menos trabajoso que una formulación en términos de «el demandante tendrá un cuadro depresivo en diciembre del próximo año», porque el hecho de circunstanciar el futuro implica hacer una apuesta riesgosa, y el riesgo tiende a aumentar en la medida que avanzamos hacia la especificación.

Pensemos en el riesgo que implica sostener que (i) «el demandante tendrá un cuadro depresivo en diciembre del próximo año», comparado con (ii) «el demandante tendrá un cuadro depresivo el próximo año» y con (iii) «el demandante tendrá un cuadro depresivo en los próximos dos años». Esto lo podríamos ilustrar en la siguiente línea temporal:



³⁷ Sin embargo, hay casos en que el contexto temporal podría subentenderse, como cuando nos referimos a eventos astronómicos que, si bien ocurrirán en millones de años, podemos inferir su fecha exacta gracias a postulados físico-matemáticos.

Como se puede apreciar, el enunciado (i) implica asumir un riesgo mayor que en los enunciados (ii) y (iii), al apostar sobre un marco temporal específico; y, a su vez, el enunciado (ii) implica asumir un riesgo mayor que en el enunciado (iii). Pero sabemos que los litigantes no quieren correr riesgos innecesarios, y es por esto que muchas veces se formulan los enunciados futuros en términos indefinidos, como cuando se expresa que «el demandante nunca más podrá rehacer su vida normal». El problema es que enunciados de estas características se convierten en la prueba de una indeterminación que difícilmente podrá contrastarse con lo que se espera que ocurra en el mundo.

Las proposiciones condicionales sirven para expresar pensamientos o ideas muy diversas. Normalmente se utilizan para expresar deseos, como el imputado que dice «me encantaría demostrar mi inocencia». En ocasiones se usan para hacer sugerencias, como el defensor que afirma «yo, en tu lugar, guardaría silencio». Y también se emplean para formular una conjetura, como el fiscal que plantea «si el imputado fuese inocente, no habría huido de la escena del crimen con el arma homicida». Los condicionales relevantes para un proceso judicial no suelen ser aquellos que versan sobre deseos o sugerencias, sino más bien los que consisten en conjeturas. El ejemplo más tradicional es el de la relación de causalidad.

La relación de causalidad requiere de estructuras más sofisticadas que las aportadas por un simple enunciado presente o pasado. Es cierto que podríamos simplificar el problema de la causalidad y caratular un nexo causal bajo una forma sencilla del tipo «existe un vínculo causal entre A y B», pero podría expresarse de mejor forma utilizando una forma condicional. De este modo, podríamos traducir dicho enunciado en términos de «si ocurre A, ocurriría B», expresando así un concepto de causa como *condición suficiente*. Podríamos traducirlo también bajo la forma «si solo ocurre A, no ocurriría B, pero B no podría ocurrir sin A», dando cuenta de un concepto de causa como *condición necesaria*. Y finalmente, podríamos traducirlo en términos de «si, y solo si, ocurre A, ocurriría B», denotando un concepto de causa como *condición necesaria y suficiente*.

Pues bien, más allá de las dificultades particulares que pudieran existir para la prueba de enunciados pasados, presentes, futuros o condicionales, el modo indicativo sigue siendo un escenario óptimo que aporta herramientas útiles para la construcción de un *thema probandum* que sea efectivamente contrastable y comprobable.

4.2.2. *Modo subjuntivo como escenario subóptimo*

El modo subjuntivo normalmente aparece como un escenario subóptimo, ya que su función lingüística no es expresar la realidad, sino más bien la irrealidad o no-realización (Alarcos Llorach, 1984, p. 112; Real Academia Española, 1973, p. 261). De ahí que lo que yo hice, hago o haré es completamente diferente de lo que yo haga, hiciera o hiciera. Las tres primeras dan cuenta de un *factum* (enunciado fáctico) pasa-

do, presente o futuro; las tres últimas, de un *contrafactum* (enunciado contrafáctico). ¿Significa esto que los modos subjuntivos no nos sirven para acreditar enunciados? De ninguna manera, nos sirven para formular enunciados contrafácticos y articular el razonamiento sobre la base de dichos enunciados.

De hecho, el modo subjuntivo, acompañado de formas condicionales del indicativo, nos permite también trabajar con estructuras causales. En efecto, la concepción de causalidad en términos de condición necesaria o de condición necesaria y suficiente esconde un contrafáctico que se podría expresar como «si no ocurriese A, no ocurriría B». El antecedente de dicho enunciado lo conforma un subjuntivo negativo y el consecuente un condicional negativo³⁸.

En definitiva, a pesar de que el modo subjuntivo es normalmente una figura precaria para describir la realidad, presenta la virtud de conjeturar sobre mundos posibles y poner a prueba esas conjeturas una vez que toman la forma de enunciados completos y circunstanciados. Y es así como, en casos particulares, logra inclusive convertirse en un escenario óptimo³⁹, como en un juicio de responsabilidad por un accidente de tránsito en que resultan indispensables enunciados del tipo «si X no hubiese excedido el límite de velocidad en el lugar L y en el momento M, no se habría producido el accidente».

4.2.3. *Modo imperativo como escenario imposible*

Finalmente tenemos el modo imperativo, que aparece como un modo imposible de prueba. Esto se produce por dos razones: una lógica y una lingüística.

La razón lógica es que los imperativos no son susceptibles de verdad o falsedad. La verdad o falsedad es propia de los enunciados del lenguaje descriptivo (proposiciones), pero no de los enunciados del lenguaje prescriptivo (órdenes, normas, recomendaciones); las prescripciones solo pueden ser obedecidas o violadas (Guastini, 2016, p. 46; Rodríguez, 2021, p. 40). Esto no significa que las formas imperativas sean inútiles para el razonamiento judicial, sino que escapan de la esfera de la *quaestio facti* y se ajustan más bien a la *quaestio iuris*.

La razón lingüística es que el modo imperativo es el único que no tiene pasado ni futuro; solo presente (Real Academia Española, 1973, p. 253). Y un enunciado que desborda los límites del tiempo se hace verdaderamente incontrolable. Es por esto

³⁸ También podrían resultar relevantes los condicionales contrafácticos positivos, como cuando decimos «si ocurriese C, ocurriría D». Así lo advierte Ho cuando señala que las cuestiones de hecho pueden versar sobre cuestiones más complejas, como los condicionales contrafácticos del tipo «si Y hubiera sido el caso, X habría ocurrido» (Ho, 2008, p. 7). Enunciados de esta naturaleza podrían ser útiles en la construcción de hipótesis alternativas.

³⁹ Ratti nos recuerda el papel crucial que juegan en la formulación de juicios de causalidad en el ámbito jurídico (2012, p. 459).

que enunciados como «no plagies este trabajo» son irrelevantes para la construcción de un objeto de prueba. No es verdadero ni falso, ni tampoco se puede proyectar en un tiempo distinto al *ahora*. Lo que sí podría ser relevante es si es verdad o no que existe un deber de no plagiar este trabajo y, en la afirmativa, de dónde emana ese deber, si se presume o no es conocido, etc. Pero esto ya es un asunto completamente diferente.

4.3. Verbos frecuentativos como herramientas lingüísticas para repensar las dificultades probatorias asociadas al «hecho múltiple»

Otra de las ventajas que presenta una concepción lingüística sobre el concepto de *thema probandum* es abordar problemáticas complejas que normalmente se estudian solo desde un plano empírico. Tal es el caso de la diferenciación entre un «hecho único» y un «hecho múltiple» o, más correctamente, a partir de cuándo podemos afirmar que existe «(solo) un hecho» o «varios hechos». Esto tiene una gran importancia práctica en el ámbito penal (*v. g.* concurso de delitos en sus diversas modalidades); procesal penal (*v. g.* supuestos de reincidencia); civil (*v. g.* responsabilidad solidaria asociada a un mismo hecho); procesal civil (*v. g.* acumulación de autos, litispendencia, cosa juzgada), entre otros. El problema no siempre estriba en determinar si existe una unidad o pluralidad de hechos, sino también cuándo un mismo hecho se considera como si fuesen varios y cuándo varios hechos se consideran como si fuese uno.

La respuesta a estos interrogantes suele darse a partir de criterios empíricos, precisamente por la concepción errónea de que lo que se prueban son hechos o acontecimientos que ocurren en el mundo. Y de ahí que, para diferenciar un hecho de otro, o para trazar el límite entre lo singular y lo múltiple, se utilizan criterios objetivos como la proximidad en el tiempo o la proximidad en el espacio, y criterios subjetivos como la intención (entiéndase como finalidad o propósito) de quien despliega tales comportamientos. Pero tales criterios, si bien resultan útiles para demarcar algunos casos particulares, no son la única forma —ni tampoco la mejor— de dar solución a estas problemáticas. Pretender que esa es la única vía de superarlos implica, por así decirlo, medir los hechos que ocurren en el mundo por medio de los hechos que ocurren en el mundo. Esto supondría confundir la medida del objeto con el objeto de la medida.

Pues bien, sabemos que una buena herramienta para encuadrar el «hecho» o los «hechos» que se pretenden probar es razonar sobre la base de los enunciados que los describen y con las reglas lógicas y lingüísticas que permiten trabajar con tales enunciados. Pensemos, por ejemplo, en lo que ocurre en materia penal a propósito del concurso de delitos. Una persona (*i*) puede realizar *una sola acción* y entenderse que comete *varios delitos*, tal como ocurriría si esa persona dispara un arma de fuego al vientre de una mujer embarazada, produciendo lesiones en la mujer y, al mismo tiempo, la muerte del feto que llevaba en su interior. Esa misma persona (*ii*) puede

realizar *varias acciones* y entenderse que comete *un solo delito*, tal como cuando golpea tres veces consecutivas el vientre del marido de la mujer embarazada y se entiende que comete un solo delito de lesiones respecto de este último. Esa persona también *(iii)* puede realizar *una sola acción* y entenderse que comete *un solo delito*, como cuando propina un único golpe en el vientre del amigo del marido de la mujer embarazada que los acompañaba y entenderse que lo ocurrido constituye un único delito de lesiones. Y, finalmente, esa persona *(iv)* puede realizar *varias acciones* y entenderse que comete *varios delitos*, como al disparar dos veces más al vientre de dos vecinos (un disparo por cada uno) que presenciaron lo ocurrido, muriendo ambos en el acto y entenderse que, en definitiva, existieron dos homicidios.

Supongamos, por último, que lo descrito en los números *(i)*, *(ii)*, *(iii)* y *(iv)* ocurre en un radio de cuatro metros de distancia y en un lapso de treinta segundos, vale decir, en circunstancias de *inmediación* (proxémica) e *inmediatez* (temporal). Pues bien, resulta que los criterios objetivos como la proximidad en el tiempo y en el espacio no nos permiten responder por qué consideramos *(i)*, *(ii)*, *(iii)* y *(iv)* hechos diferentes y, peor aún, por qué una agresión al vientre de una persona se considera de formas tan distintas en cada caso. Los criterios subjetivos tampoco parecen ayudar demasiado para su diferenciación.

A nuestro juicio, el problema de fondo se produce porque los fenómenos que ocurren en el mundo los describimos por medio de palabras cuyos significados se superponen y con complementos circunstanciales que se identifican. Dicho en otras palabras, estamos describiendo un mismo hecho con distintos enunciados que analizados tienen puntos semánticos de convergencia. No nos parece, entonces, que sea posible resolver adecuadamente estos problemas desde un plano empírico sin considerar una dimensión lingüística que permita despejar el sentido real de los enunciados que se pretender probar.

Alguien podría sostener que este es un problema estrictamente jurídico, pero lo mismo ocurre también fuera del derecho. Un ejemplo que nos permite ilustrar lo anterior, con independencia de cualquier sistema normativo, es el uso de los llamados *verbos frecuentativos*, que consisten en englobar bajo una misma acción otras múltiples acciones, como el verbo *besuquear*, para representar la acción de besar repetidamente; o el verbo *pisotear*, para representar la acción de quien pisa repetidamente; o el verbo *tirotear*, para representar la acción de quien dispara repetidamente; o el verbo *agitar*, para representar la acción de quien mueve algo con frecuencia y violentamente de un lado a otro⁴⁰. ¿Cómo diferenciar, entonces, si existen varias acciones de besar o una sola acción de besuquear, varias acciones de pisar o una sola acción de pisotear, etc.? La respuesta no viene del derecho, sino más bien del uso convencional que hacemos del lenguaje. El punto es que lingüísticamente a nadie le interesa hallar esta respuesta, pero al derecho sí, pues hemos querido dar un tratamiento diferente

⁴⁰ Definiciones recogidas a partir de primera acepción de los términos *besuquear*, *pisotear*, *tirotear* y *agitar* que facilita el Diccionario de la Real Academia Española.

a aquellas acciones que consideramos diferentes y reiteradas o aquellas acciones que consideramos una sola acción, pero que engloban otras dentro de su significado.

Pues bien, lo que proponemos es que los criterios empíricos no recogen completamente el problema de la singularidad y la multiplicidad y que herramientas lingüísticas como un análisis semántico de las palabras y de los enunciados conformados por dichas palabras puede aportar mayor luz sobre estas materias.

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, el concepto de *thema probandum* puede abordarse desde distintas aproximaciones o perspectivas. Una perspectiva jurídica, a partir de la cual resultan relevantes los hechos controvertidos de la causa o los presupuestos *sine quibus non* que permiten esquematizar el objeto de prueba. Una perspectiva epistémica, donde lo relevante es más bien una hipótesis sobre los hechos que puede ser confirmada en mayor o menor medida. Y una perspectiva lingüística, en que lo relevante son los enunciados o proposiciones por medio de los cuales se describe la realidad.

Para construir el objeto de prueba resulta relevante distinguir el *thema probandum* en abstracto —esto es, aquel enunciado fáctico que se puede leer en una disposición normativa u obtener de la interpretación de esta u otras disposiciones normativas, y que se formula en términos abstractos— del *thema probandum* en concreto, es decir, de aquellos enunciados obtenidos en el marco de un proceso, por medio de las presentaciones escritas u orales efectuadas por uno o más sujetos procesales, y que se formulan en términos concretos. El juez que fija los puntos de prueba durante el transcurso del proceso, o que razona sobre ellos en el momento de dictar sentencia, necesita construir el objeto de prueba del caso particular y para ello es importante considerar que los enunciados fácticos deben cumplir con ciertos mínimos semánticos y sintácticos que los hagan susceptibles de corroboración. Desde el punto de vista sintáctico, la completitud y circunstancialidad resultan fundamentales.

Concebir el *thema probandum* de esta manera, nos permite utilizar diversas herramientas lógicas y lingüísticas para abordar problemáticas que normalmente se estudian solo desde un plano empírico o solo desde un plano jurídico, tal como ocurre con la prueba de los hechos negativos, de los hechos futuros, de los hechos eventuales, de los hechos múltiples, etc.

Las ideas planteadas en este trabajo nos muestran cómo el lenguaje y la lógica pueden contribuir significativamente aun en cuestiones fácticas. Y lo más importante es que su aporte no significa de manera alguna un conflicto con la epistemología, con la dogmática jurídica ni con la ley vigente. El lenguaje convive con las distintas disciplinas, les permite estructurarse, expresarse y crear nuevos conceptos y formas de encauzar el pensamiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcos Llorach, E. (1984). *Estudios de gramática funcional del español*. Gredos.
- Alchourrón, C., y Bulygin, E. (1991). *Análisis lógico y Derecho*. Centro de estudios constitucionales.
- Altieri Fernández, N. (2002). *Manual de morfosintaxis*. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla - Dirección General de Fomento Editorial.
- Alvarado Velloso, A. (2006). *La prueba judicial*. Tirant Lo Blanch.
- Aristóteles (1995). *Tratados de lógica (órganon) II - Sobre la interpretación - Analíticos primeros - Analíticos segundos*. Gredos.
- Barros Bourie, E. (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile.
- Carnap, R. (2001). *Logical Syntax of Language*. Routledge.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Ediciones Depalma.
- Carnelutti, F. (1994). *Cuestiones sobre el proceso penal*. El Foro.
- Cavani, R. (2016). Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6, 179-200.
- Chiovenda, G. (1922). *Principios de derecho procesal civil (Tomo I)*. Reus.
- Copi, I., y Cohen C. (1990) (2013). *Introducción a la lógica* (segunda edición). Limusa.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (tercera edición, póstuma). Roque de Palma Editor.
- Devis Echandía, H. (1988). *Teoría general de la prueba judicial (Tomo I)*. Victor P. de Zavalia.
- Diccionario Médico (2002). Teide.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes, *Filosofía del Derecho Privado* (p. 401-430). Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Florian, E. (1967). *De las pruebas penales (Tomo I)* Temis.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. Marcial Pons.
- Goldschmidt, J. (1925) (2015). *Derecho, Derecho Penal y Proceso: El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (Tomo III)*. Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2005). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Palestra - Temis.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2014) (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Higginbotham, J. (1993). Grammatical Form and Logical Form. *Philosophical Perspectives*, 7, *Language and Logic*, 173-196.
- Ho, H. L. (2008). *A Philosophy of Evidence Law: Justice in the search for truth*. Oxford University Press.
- Hunter Ampuero, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 1, 209-257.
- Jespersen, O. (1924) (1951). *The Philosophy of Grammar*. George Allen & Unwin Ltd.
- Larroucau Torres, J. (2017). Razonamiento hermenéutico y “hechos sustanciales controvertidos”. *Revista Chilena de Derecho*, 44(1), 159-183.
- Laudan, L. (2006). *Truth, error, and criminal law: An essay in Legal Epistemology*. Cambridge Studies in Philosophy and Law.
- Lessona, C. (1906). *Teoría general de la prueba en derecho civil (Tomo I)*. Hijos de Reus.
- Platón (1988). *Diálogos V. Parménides. Teeteto. Sofista. Político*. Gredos.
- Quine, W.V. (1970) (1986). *Philosophy of logic* (second edition). Harvard University Press.
- Ratti, G. (2012). Contrafácticos y juicios causales. *Diritto e questioni pubbliche*, 446-468.
- Ratti, G. (2018). Apuntes preliminares sobre el estatus filosófico de la lógica deóntica. En E. Bulygin, *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas* (p. 13-28). Marcial Pons.

- Real Academia Española (1973). *Esbozo de una nueva gramática de la lengua española*. Espasa-Calpe.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española (2010). *Manual de nueva gramática de la lengua española*. Espasa.
- Rettig Espinoza, M. (2019). *Derecho Penal Parte General. Teoría del delito. El delito de acción doloso e imprudente (Tomo II)*. DER Ediciones.
- Ricoeur, P. (1976) (2006). *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido* (sexta edición). Siglo XXI.
- Rodríguez, J. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.
- Russell, B. (1903). (2010): *Principles of Mathematics*. Routledge.
- Russell, B. (1920). *Introduction to Mathematical Philosophy* (second edition). George Allen & Unwin.
- Searle, J. (1969) (2011). *Speech acts - an essay in the philosophy of language*. Cambridge University Press.
- Sentís Melendo, S. (1957). *El juez y el derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América (E.J.E.A.).
- Tarello, G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Il Mulino.
- Taruffo, M. (2005). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Marcial Pons.
- Velarde Lombrana, J. (1989). *Historia de la lógica*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo.

HOMICÍDIO, INFIDELIDADE E SUJEIRA EM QUARTOS DE HOTEL: PROBLEMAS DE SIGNIFICADO PROBATÓRIO*

Eliomar da Silva Pereira

Investigador Integrado do *Ratio Legis*
Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas
Universidade Autónoma de Lisboa
eliomar.esp@outlook.com

RESUMO: As chamadas evidências não se podem considerar provas dos crimes antes que se lhes imponha um significado probatório, mas este significado é mais problemático do que os discursos acusatórios estão dispostos a admitir. Este artigo pretende discutir as diversas teorias do significado que se encontram na filosofia da linguagem em diálogo com a filosofia da mente, buscando responder o que podemos considerar significado probatório em contexto processual penal. Buscaremos enfatizar como a dimensão pragmática é especialmente relevante para alcançarmos um significado qualquer, sobretudo em questão probatória penal. Ao final, esperamos tornar evidente que o significado probatório depende de muitos elementos ideológicos que contribuem para uma conclusão acerca do que é prova de um crime.

PALAVRAS-CHAVE: significado, ideias, proposições, argumentos, razões.

ABSTRACT: The so-called evidence cannot be considered proof of crimes before a probatory meaning is imposed on them, but this meaning is more problematic than accusatory speeches are willing to admit. This article intends to discuss the different theories of meaning found in the philosophy of language in dialogue with the philosophy of mind, seeking to answer what we can consider

* Este artigo foi produzido no âmbito de estágio pós-doutoral que o autor fez, no Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Brasília, sob supervisão do Prof. Doutor Luiz Henrique de Araújo de Dutra

probatory meaning in a criminal procedural context. We will seek to emphasize how the pragmatic dimension is especially relevant to achieve any meaning, especially in matters of criminal proof. In the end, we hope to make evident that the probatory meaning depends on many ideological elements that contribute to a conclusion about what is proof of a crime.

KEYWORDS: meaning, ideas, propositions, arguments, reasons.

SUMÁRIO: 1. «*ALGUNS FIOS RUIVOS DE CABELO...*», O QUE SIGNIFICAM?— 2. A CONCEPÇÃO REFERENCIAL DO SIGNIFICADO.— 3. SIGNIFICADO, INTENCIONALIDADE E INTERPRETANTE: 3.1. Ideias, imagens e conceitos probatórios. 3.2. Sentenças, enunciados e proposições probatórias.— 4. USOS, COMPORTAMENTOS E CONTEXTOS PROBATÓRIOS.— 5. ARGUMENTOS, INFERÊNCIAS E RAZÕES PROBATÓRIAS: 5.1. Significado inferencial. 5.2. Racionalidade elucidatória.— 6. COMPROMISSOS IDEOLÓGICOS: CONSIDERAÇÕES FINAIS.— REFERÊNCIAS.

1. «*ALGUNS FIOS RUIVOS DE CABELO...*», O QUE SIGNIFICAM?

A prática processual probatória frequentemente se depara com muitos sinais em torno do crime, quer se encontrem disponíveis para recolha no local do crime, quer se obtenham em busca e apreensão autorizada por mandado judicial. Assim, alguns poucos fios ruivos de cabelo, uma grande quantidade de cédulas de dinheiro e muitos papéis espalhados em um quarto de hotel, no qual foi encontrado o corpo morto de um homem, sem vestígios de qualquer violência, podem nos sugerir muitas coisas, mas não é algo naturalmente evidente que sejam necessariamente provas de um crime antes que tenham sido selecionados. A mesma consideração se pode fazer de outros sinais obtidos posteriormente, quando a autoridade policial e o órgão oficial de acusação podem complementar esses sinais com requerimentos para busca de outros dados, obtendo informações sobre ligações telefônicas, movimentações bancárias e declarações financeiras, além de um mandado para vasculhar a casa de alguns suspeitos à procura de documentos outros, agendas e anotações várias. O relato, embora se faça acerca de um homicídio, pode ser feito com ajustes e diferenças secundárias para qualquer outro tipo de crime —organizações criminosas, lavagem de dinheiro e corrupção: sempre se encontram disponíveis muitos sinais que precisam ser escolhidos entre relevantes e irrelevantes ao caso.

A atividade pode mesmo parecer trivial aos juristas penais, nada tendo de especial nisso de escolher os diversos sinais disponíveis originariamente ou apreendidos posteriormente. Os sujeitos processuais simplesmente chegam ao local, observam, selecionam e apreendem o que consideram possível prova do crime. Contudo, quem quer que se ponha a considerar mais detidamente sobre o que fazem —não apenas na recolha e obtenção, nas fases preliminares do processo, mas também depois na discussão processual em audiência de instrução e julgamento, quando consideram que

certos sinais devem ser assimilados como prova e outros não, deixando alguns para trás—, deveria questionar seriamente sobre o que exatamente estão a fazer. Podemos nos perguntar, de uma forma geral a nos orientarmos, *o que tudo isso significa*, mas geralmente os sujeitos processuais encontram explicações satisfatórias para concluir suas atividades cotidianas sem maiores discussões filosóficas. A hipótese geral que vamos desenvolver neste artigo consiste em sustentar que, seja lá o que permite aos sujeitos processuais fazerem o que fazem, isso passa por entender o problema do significado do interpretante segundo modos intencionais, que inicialmente ocorrem na mente, mas que depois se transferem aos enunciados linguísticos e são finalmente discutidos no âmbito de instituições sociais juridicamente ordenadas. A intencionalidade, nesses termos, encontra-se tanto na mente dos sujeitos processuais que se deparam com sinais em torno do crime, quanto na linguagem que usam ao falarem e documentarem suas impressões e opiniões, como também na comunidade jurídica em que discutem esses atos documentados e defendem suas posições, podendo a questão probatória, portanto, ser discutida em qualquer dessas esferas. Supomos, nesse sentido, aquela conclusão que faz H. P. Grice (1957, p. 387-388) acerca de seu estudo sobre o significado, ao assumir que a similaridade dos critérios de julgamento, existentes entre intenções linguísticas e intenções não linguísticas, quer dizer que as intencionalidades linguísticas e não linguísticas são muitas parecidas.

Não queremos sugerir que esta seja a única forma de explicar a atividade probatória no processo penal, mas desde que aceitemos a noção de signo para entender os diversos sinais em torno do crime, pensamos que essa seja a melhor forma de extrair uma compreensão semiótica do que se passa, aceitando a intencionalidade como base do processo de significação probatória. Ademais, assim considerada a prova, podemos nos beneficiar de toda uma discussão teórica que encontramos na filosofia da linguagem, bem como na filosofia da mente, acerca do que se entende por significado. Entre os nossos objetivos, pretendemos encaixar os diversos tipos de interpretantes —com os quais C. S. Peirce enfrenta o problema do significado em sua doutrina dos signos—, em discussões que encontramos nas principais teorias do significado, que giram em torno de ideias, atitudes preposicionais e situações contextuais pragmáticas, tendo estas últimas uma especial relevância porque enfatizam aquilo que os juristas penais conseguem assimilar melhor na prática processual probatória.

Assim, seguindo uma sugestão que encontramos na filosofia da linguagem de L. H. de Araújo Dutra (2017, p. 66) —ao enfatizar a importância de todas as teorias, mesmo as consideradas mais ingênuas como a referencial, apesar das objeções que lhe podemos fazer—, consideramos que todas têm algo a nos oferecer na compreensão do que é o significado, sobretudo no âmbito do que nos interessa especificamente: os significados probatórios do interpretante. Nesse sentido, seguindo esse caminho de uma perspectiva pragmática, esperamos tornar evidente que, por mais que possamos discutir o problema do significado em perspectiva individual, apenas ampliando o âmbito de discussão para o meio social, o significado consegue tornar-se completo e sobretudo obter uma aplicação prática ao que nos interessa —o que parece confirmar

uma síntese muito atraente que encontramos na concepção de Umberto Eco acerca do significado, considerando-o como uma unidade cultural. Se estivermos corretos acerca dessa interpretação, o problema do significado supõe certos compromissos ideológicos, acerca dos quais pretendemos concluir esse capítulo, argumentando, a respeito das provas do crime, que a ideologia científica imbricada nas teorias jurídicas do crime, além de estabelecer a referência objetiva da prova, nos dizem algo sobre o significado subjetivo com que um processo penal conclui se «alguém cometeu um crime» ($Ax C$), com enunciados de que «está provado que»: $(pq)Ax C$.

2. A CONCEPÇÃO REFERENCIAL DO SIGNIFICADO

As diversas teorias acerca do significado, embora sempre se oponham a uma concepção referencial, tendem sempre a considerá-la como um bom ponto de partida para que possamos avançar com outras concepções, buscando entender o que há de especialmente relevante na discussão (Alston, 1972, p. 25-56; Dutra, 2017, p. 66-76; Lycan, 2022, p. 22-26). No que concerne à prova do crime, se iniciarmos com essa concepção, diríamos que seu significado está no referir-se ao seu objeto de prova, ao crime em específico que pretende provar; nesse sentido, um sinal qualquer é considerado como prova do crime porque, tomado como signo, permite referir-se ao objeto de pensamento: este seria seu significado probatório. Assim, assimilando de imediato o nosso exemplo de partida, os fios ruivos de cabelo encontrados na cena do crime adquirem significado porque se referem a alguém que pode ser autor do crime. Apesar das críticas que essa concepção sofre na filosofia da linguagem, em relação aos nomes e outros termos linguísticos, esta é uma concepção que ao jurista parecerá imediatamente satisfatória, porque não lhe interessa geralmente discutir aquilo que ao filósofo sugere uma ingenuidade. Isso não quer dizer que a concepção seja inadequada; diríamos apenas que ela é necessária, mas não suficiente, embora o seja em termos mais sofisticados que não representem uma referência direta entre prova e realidade, sem intermediações do tipo penal expresso em uma norma jurídica e outros tantos elementos que intervêm no raciocínio. Assim considerada, parece haver algumas razões para tê-la em consideração no âmbito das provas de crime.

A concepção fundamental dessa teoria se encontra em J. S. Mill (2016, Livro I, Capítulo 1, § 3º), para quem o significado de um *nome* é a coisa a que se refere. Segundo ele, quando afirmamos ou negamos algum nome, o que temos em mente depende daquilo a que nos referimos, porque os nomes não são nomes em si; em outras palavras, a significação desses nomes depende de uma relação entre nomes e coisas, devendo isto ocupar um primeiro estágio de consideração do significado dos nomes. Assim, qualquer nome encontraria seu significado na referência a alguma coisa. Os nomes são nomes de coisas, diz ele, não de ideias (Mill, 1984, p. 92).

Se pudermos trocar *nomes* por *provas* —mas pensando em cada prova em particular referida a algum aspecto igualmente particular do crime—, algumas discussões da filosofia da linguagem podem nos ajudar a entender melhor o problema do

significado probatório, embora nos seja sempre necessário distinguir nos tipos de signos (ícones, índices e símbolos) as diferentes formas com que cada sinal se refere ao objeto. O problema é que alguns termos da linguagem parecem não ter um objeto de referência. É o caso precisamente dos termos linguísticos sincategoremáticos, as palavras que apenas podem ser afirmadas [*katagoreo*] com [*syn*] alguma outra palavra (Mill, 1984, p. 94), como *de* e *para*. Ao jurista interessado na prova do crime, esse pode parecer um problema que não nos deveria incomodar, afinal, se há signos que se contentam com algum significado sem referência, este não é o caso da prova, porque a esta interessa sempre alguma referência ao crime senão sequer podemos falar de prova. A considerar que Mill fez uma concessão apenas a algumas palavras que não possuem referência, ressaltando outras que a possuem necessariamente, poderíamos estar tentados a considerar que as provas —como signos do crime— são do tipo que exigem sempre referência. Mas isso realmente não exclui o interesse no problema, porque de fato Mill inaugura uma discussão que se tornou relevante para a compreensão do significado, ao distinguir entre denotação e conotação, o que nos permite compreender alguns aspectos menos evidentes da prova sem *denotatum*. Afinal, assim como podemos ter termos sincategoremáticos com algum sentido, mesmo não tendo referência alguma, podemos encontrar provas que parecem ter algum sentido, mas não se referem a nada especificamente relevante à discussão probatória.

J. S. Mill (1984, p. 98) considerava que a maioria dos nomes, palavras e frases, denotam e conotam ao mesmo tempo, ou seja, tanto se referem às coisas, quanto aos seus atributos, mas o fazem de forma diferente, porque representam *diretamente* a coisa, ao passo que *indiretamente*, os atributos; eles denotam a coisa e conotam seus atributos. Nesse sentido, um signo denota aquilo a que se refere, ao passo que conota os atributos que lhe confere. Mas se assim é, a prova como signo se torna o avesso do que nos parecia ao primeiro momento, porque ela denota algo apenas em razão dos seus atributos probatórios que são conotados. Grande perplexidade essa para o jurista acostumado a pensar a prova na referência direta com seu objeto, não tendo em conta a necessária mediação da mente, na qual encontramos o significado com que é feita a referência. Afinal, tendo em conta o nosso exemplo de partida, os fios de cabelo encontrados no quarto de hotel —considerados como sinais—, embora possam se referir a uma pessoa que esteve no quarto, apenas adquirem um significado em razão de um específico contexto em que se impõe uma função probatória de crime a eles. A distinção entre sentido e referência, nos termos que a estabeleceu Gottlob Frege (1978), pode nos ajudar a entender um pouco melhor a questão.

Ao falar da conexão entre um sinal, seu sentido e sua referência, Frege apresenta-nos um exemplo que se tornou recorrente na filosofia da linguagem, explicando que, ao comparar as expressões «Estrela da Tarde» e «Estrela da Manhã», embora possamos ter a mesma referência, não temos o mesmo sentido. Ao tentar explicar o sentido, Frege fala de representação como algo que nos é subjetivo e distinto em cada homem, bem como distinto do sentido de um sinal, o que por sua vez pode ser comum a sinais diversos. O sentido aqui aparece como uma espécie de significação compartil-

hada como pensamento acerca do sinal, mas o sentido não assegura a referência sem qualquer discussão acerca da verdade. É o que ressalta Frege (1978, p. 69), explicando que a busca da verdade nos orienta do sentido à referência. E aqui começamos a antever o que interessa ao significado probatório, considerada a prova como signo do crime, porque para Frege o objeto só pode ser discutido quando vinculado ao conceito e à relação; é preciso antes estabelecer o sentido do signo e colocá-lo em relação com a sua referência para saber se há alguma verdade. A concepção fregeana, nesses termos, ao estabelecer uma distinção entre sentido e referência, permite-nos entender que o significado não se pode reduzir a uma questão de referência, mas é igualmente importante entender que «um sentido nunca assegura sua referência» (Frege, 1978, p. 63).

A distinção, portanto, entre sentido e referência permanece sendo relevante não apenas para constatar dois sinais com a mesma referência, mas também para um mesmo sinal que, embora tendo uma única referência, possa assumir sentidos diversos em relação a ela, a exemplo dos fios de cabelo no quarto de hotel. Essa questão foi suscitada por Stephen Ullmann (1977, p. 130), ao observar que, além da relação padrão entre nome (sinal) e sentido, de um para um, há possibilidades tanto de vários nomes para um sentido, quanto de vários sentidos para um único nome, além de outras relações mais complexas entre nomes e sentidos que se alimentam por proximidade, similaridade ou mesmo contrariedade —a exemplo do que observa entre luz, dia, sol e escuridão. É, igualmente, uma questão que surge geralmente no âmbito das provas dos crimes, quando embora não se discuta o sinal e sua relação com o fato, as partes processuais disputam sentidos diversos para a relação, aproveitando-se de sinais próximos ou mesmo contrários. Isso acontece frequentemente em razão do elemento subjetivo do tipo penal, porque os atos materialmente considerados podem assumir um sentido não criminoso se interpretados diferentes.

Mas, antes mesmo que nos coloquemos em um contexto de discussão probatória de um crime, em que um mesmo sinal possa assumir sentidos diversos, podemos observar um significado probatório que se mantenha em todos os casos. Assim, os mesmos fios ruivos de cabelo, referentes a uma mesma pessoa, mas postos em contextos diversos, mantêm apenas o significado probatório comum, mas em uma cena de crime poderá significar que a autora do crime tem cabelos ruivos; para a viúva poderá significar uma possível traição do morto; e para o supervisor do hotel, que as reclamações dos hóspedes acerca da limpeza dos quartos parecem ter algum sentido. Os significados dos sinais que encontramos na cena de crime ou que depois recolhemos em buscas e apreensões, assim, parecem ser algo mais do que o objeto a que se referem, embora este ainda permaneça sendo o ponto de partida dos juristas em sua prática processual. Aqui, embora a referência possa ainda ser interpretada em termos de denotação, o sentido amplia a ideia de conotação ao admitir uma diversidade possível das maneiras de denotar —é o que, acerca da teoria de Mill, conclui Gilbert Ryle (1980, p. 58 e ss.).

Todas essas distinções (entre denotação e conotação, sentido e referência), contudo, colocam a teoria referencial em dúvida sobre a possibilidade de nos responder o que queremos dizer quando falamos de significado probatório, a considerar que, embora possamos falar de um significado extensional, também precisamos discutir um significado intensional. Assim, portanto, como as expressões linguísticas não adquirem significado apenas porque denotam coisas —como ressalta Ryle (1980, p. 58-69)— também em relação aos sinais probatórios, é antes porque são significativos que podem denotar de uma maneira entre várias outras possíveis. Há, assim, uma inversão da preeminência, que nos exigem entender melhor o que é o significado probatório.

3. SIGNIFICADO, INTENCIONALIDADE E INTERPRETANTE

Além da concepção referencial, há muitas outras teorias do significado que têm sido discutidas especialmente na filosofia da linguagem (Alston, 1972, p. 567; Dutra, 2017, p. 77 e ss.; Lycan, 2022, p. 125 e ss.), entre as quais encontramos a concepção ideacional e a concepção proposicional com que nos ocuparemos ainda nessa seção, além da concepção de significado como uso tratada na seção seguinte. Elas são geralmente consideradas alternativas teóricas, entre outras concepções de significado que não teremos em conta especificamente, mas que concorrem entre si, bem como também com uma concepção intencional (Abbagnano, 2007, p. 1059). Argumentaremos, contudo, que a concepção intencional, compreendida nos termos que se desenvolve por J. R. Searle (2002, p. 223), não requer dispensar aquelas outras concepções, porque elas se encontram precisamente na parte da intencionalidade que trata do modo psicológico com que o conteúdo intencional é referido por qualquer signo linguístico ou probatório, o que nos permite falar tanto de significado individual, quanto de significado social, mas sempre segundo a noção de interpretante que encontramos na teoria dos signos de C. S. Peirce.

«O significado é —segundo Searle— um tipo de intencionalidade» (2002, p. 225), com a qual podemos entender o problema do significado probatório. Se admitirmos que a estrutura dos estados intencionais se compõe segundo a fórmula « $S(r)$ », na qual « S » representa o modo psicológico e « r » o conteúdo representativo (p. 8), considerando que o conteúdo « r » diz respeito ao objeto de referência, podemos entender que o modo « S » diz respeito ao significado. Ao propor esse modelo de estados intencionais, Searle o faz em comparação com o modelo de atos de fala, mas o podemos comparar igualmente a um modelo de signos probatórios, antes mesmo que se possam expressar em enunciados linguísticos probatórios. Assim, embora Searle (2002, p. 9) se tenha dedicado a analisar mais detalhadamente as atitudes proposicionais, consideradas estados intencionais com conteúdo proposicional completo, que iremos discutir na concepção proposicional, nada nos impede de considerar outros estados intencionais possíveis como encontramos na concepção

ideacional ou na concepção inferencial, também abrangidas pelos tipos de interpretantes de C. S. Peirce. A respeito dessa possibilidade além das proposições completas, Searle é expresso ao admitir que qualquer estado intencional tem algum conteúdo representativo, mesmo não tendo uma proposição completa em seu conteúdo, o que relativamente ao âmbito da prova será sempre alguma referência ao crime ou algum aspecto seu, em qualquer caso como objeto de prova. Não pretendemos fazer uma análise completa da intencionalidade, mas convém ressaltar que, ao falar do modo psicológico dos estados intencionais, Searle (2002, p. 275) inicialmente insiste em considerar o significado como intencionalidade nas cabeças das pessoas. Embora em escritos posteriores (2021, p. 231), acabe admitindo que o significado, além de estar na mente individual, também resulta de práticas sociais, considerando assim possível compatibilizar as duas noções, a sua ideia primária concebia o significado como algo que se encontra na cabeça das pessoas individualmente considerada, sendo qualquer outra intencionalidade derivada dessa que ele considera primária (2002, p. 275).

Contudo, se tivermos em conta a concepção de intencionalidade que se defende por Luiz Henrique de Araújo Dutra (2018, p. 65-84; 2021a, p. 165-180), para quem se deve incluir como intencionais objetos vitais, mentais e sociais, a intencionalidade decorre de uma funcionalidade que se existe relativamente a um sistema ou contexto, a exemplo do que encontramos no âmbito das discussões processuais acerca da prova de um crime. Nessa concepção de intencionalidade, diversamente da ideia de derivação, Dutra pressupõe a ideia de emergência de uma outra dimensão, na qual as condições de base que encontramos nos indivíduos e suas mentes não são suficientes para compor a intencionalidade social como a que encontramos na prova de um crime, assimilada segundo uma instituição social juridicamente disciplinada por regras legais em processo penal. Em um estudo mais recente seu, contudo, Searle (2020, p. 208) passou a admitir o que chama de intencionalidade coletiva, decorrente da cooperação entre os seres humanos. Não queremos antecipar a discussão sobre como isso ocorre, porque reservamos uma seção para falar de usos, hábitos e convenções acerca do significado probatório, mas gostaríamos de antecipar que esse é o tipo de abordagem que encontramos em uma perspectiva pragmática do significado, cujo esboço podemos localizar na concepção de interpretante que encontramos na semiótica de C. S. Peirce, para quem o significado é precisamente o seu elemento interpretante do signo.

Ao falar de sua tricotomia dos signos segundo o interpretante, no qual distingue os tipos *rema*, *dicente* e *argumento*, C. S. Peirce (2017b) havia antecipado que «o signo em si mesmo retém seu significado total quer seja efetivamente afirmado ou não. Sua peculiaridade, portanto, está em seu modo de significar, e dizer isto é dizer que sua peculiaridade reside em sua relação com seu interpretante» (p. 53). A considerar que o interpretante, segundo Peirce, não se confunde com o intérprete, tampouco com o objeto de representação, «sua tarefa é determinar o que deve ser verdadeiro quanto ao *representamen* utilizado por uma inteligência científica a fim de que possam incorporar um *significado* qualquer» (p. 46). É, contudo, em um breve comentário acerca

da obra «O que é o Significado?» de Lady Welby, escrito em 1903, que Peirce (2017c, p. 157-164) expressamente assume o que chama de *interpretante*, na sua teoria dos signos, como o que a autora chama de *significado*, admitindo igualmente que o *significado* se pode entender como a *intencionalidade* de quem o expressa. Ao admitir a intencionalidade do intérprete, Peirce não pretende confinar o significado na sua cabeça. Como bem ressalva Umberto Eco (2014, p. 58), o interpretante se deve entender como algo que vale mesmo na ausência do intérprete, quer dizer, ainda que nenhum sujeito processual venha a considerar o significado probatório de um sinal qualquer acerca do crime, ele mantém alguma validade acerca dessa função probatória do signo. É nesse sentido que pretendemos discutir algumas das principais teorias acerca do significado, tendo sempre em conta os tipos de interpretantes peirceanos —*rema e dicente*— que Elisabeth Walther-Bense (2010, p. 25-29) observou se tratar respectivamente de *conceitos e proposições*, acrescentando ainda uma discussão sobre os *argumentos*, no qual iremos falar de significados inferenciais atualmente discutidos por W. Sellars e R. Brandom.

3.1. Ideias, imagens e conceitos probatórios

A concepção básica da teoria ideacional, embora seja considerada uma concepção superada (Lycan, 2022, p. 127), ainda encontra vestígios na concepção psicológica de H. P. Grice (1957) e ainda nos oferece algumas boas razões para entendermos o significado primário que interessa à prova do crime como pretendemos argumentar.

A principal concepção se encontra em John Locke (1999, p. 147), ao falar do significado das palavras, explicando que as ideias situadas na mente de quem usa palavras são os seus significados, por mais imperfeitas que sejam obtidas das coisas que *supostamente* representam. Trocando «palavras» por «sinais» em geral, e «coisas» por «crimes», podemos ter uma boa noção do significado ideacional probatório segundo a concepção lockeana. Se essa teoria tiver alguma razão, o significado probatório de sinais recolhidos ou obtidos seria a ideia primária que algum sujeito processual tem acerca de sua possibilidade de provar um crime que supõe representar. Trata-se, assim de «ideias na mente», segundo a expressão de Locke. Seria algo como dizer a si mesmo «isto e aquilo que encontrei é *uma prova* do crime». Pode-se, é certo, discutir a sentença completa em termos proposicionais, se é verdadeira ou falsa, mas antes e dentro desta sentença, temos uma primeira ideia —*uma prova!*— que não precisa vir diretamente relacionada a qualquer aspecto do crime, mas apenas recolhida entre outras descartadas para depois avaliar sua específica capacidade probatória. A ideia probatória que emerge é sutil e não é por si auto-evidente. O sujeito processual poderia apenas deparar com os fios ruivos de cabelo no quarto de hotel e dizer a si mesmo «isto são apenas fios de cabelo», deixando-os de lado sem qualquer interesse. É certo que até neste mero descarte, ao dizer que são apenas fios de cabelo, há também uma ideia que decorre da experiência imediata assimilada segundo uma linguagem natural de enquadramento primário do sinal. Mas no caso da ideia probatória, o sujeito

processual dispõe de uma ideia de sensação e reflexão, bem como de outras ideias complexas —para continuar usando a terminologia de Locke (1999, Livro II, Cap. VII, Cap. XII). É, de fato, necessário supor na mente do sujeito processual que ele possua algumas ideias prévias —ainda adquiridas de experiências anteriores, nunca inatas segundo Locke— para suscitar a ideia probatória.

O mais especificamente relevante na teoria ideacional, comparada à teoria referencial, no que nos interessa à prova, é que, embora se possa referir a alguma coisa no mundo, o significado é antes e sobretudo uma ideia que se encontra na mente do sujeito processual; é neste sentido, não a extensão denotada ao crime, mas um significado intensional, que se pretende comunicar aos demais sujeitos processuais. Assim, e somente por intermédio do significado ideacional, é que depois se procede a qualquer consideração acerca do crime que há no mundo. A diferença em relação à teoria referencial poderá parecer ao jurista uma sutileza sem vantagens práticas, mas é justamente nessa perspectiva que essa concepção adquire suas virtudes no campo da prova, porque não estando seu objeto de referência presente, não sendo possível discuti-lo a partir de qualquer ostensão direta, é apenas com base na ideia probatória dos sinais presentes que se poderá discutir a verdade dos enunciados probatórios feitos no processo.

Há muitas objeções que se fazem à teoria ideacional, sobretudo no campo da filosofia da linguagem, mas no que interessa ao campo da prova, a mais relevante diz respeito ao que quer dizer precisamente uma «ideia», a respeito da qual há pouco acordo, mas não é algo sem sentido discuti-la, encontrando-se geralmente explicação tanto em termos de «imagens», quando em termo de «conceito». A noção principal com que o termo «ideia» se difunde na filosofia moderna se encontra no próprio Locke, ao falar das ideias em geral (1999, Livro II, Cap. I, § 1º). A considerar a centralidade da noção em seu ensaio sobre o entendimento humano, ele cuidou de fazer uma explicação mais direta na introdução, na qual enfatiza que a usou para expressar coisas presentes na mente de quem pensa, geralmente referidas como *fantasma*, *noção*, *espécie*, mas como *objeto* do entendimento.

Trata-se, em síntese, daquilo que Descartes, nas suas *Meditações*, chamava de «quadro» ou «imagens» das coisas (Abbagnano, 2007, p. 611). Mas, assim enunciada, a noção de ideia muito constantemente é associada àquela de representação que se encontra a respeito do objeto, embora na lógica de John Dewey (1950, p. 128) possamos encontrar a noção de possibilidade como projeção humana. Assim, para ele, considerando a ideia como uma espécie de antecipação de algo que pode ocorrer, ela deve ser assimilada como *possibilidade*, o que parece atender melhor à ideia probatória, como possibilidade de que certo sinal possa a vir provar algum crime, o que em Locke parece estar presente ao dizer «supostamente».

Contudo, a noção de «conceito» parece assumir melhor explicação do que seja uma ideia. Embora o conceito tenha sido geralmente assimilado na filosofia antiga como essência das coisas, é atualmente considerado como signo de qualquer que seja o objeto, estando em uma relação de significação com ele (Abbagnano, 2007

p. 608). É nesse sentido, precisamente, que C. S. Peirce (2017b, p. 46), ao explicar o signo, diz que este «dirige-se a alguém, isto é, cria na mente dessa pessoa um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado denomino interpretante do primeiro». Mas é no tipo de interpretante chamado *rema* (também por ele chamado de *termo*), considerado como um signo de possibilidade qualitativa, no qual se pode encontrar a noção de conceito, que, diversamente das proposições, não se considera nem verdadeiro nem falso (Walther-Bense, 2010, p. 24). Isso quer dizer que, ao fazermos uma imposição (intencionalmente) conceitual de algum sinal como signo probatório, estamos apenas dizendo aquilo que diríamos de qualquer coisa, conceituando-a segundo uma língua natural, sem fazer qualquer asserção que possa ser discutida como verdadeira ou falsa. Se pensamos de pequenos resíduos encontrados no quarto do hotel que são apenas fios de cabelo, estamos a pensar que são «fios de cabelo» apenas, segundo o conceito de «fios» e de «cabelo» que temos em nossa língua, não havendo inicialmente qualquer preocupação em saber se são mesmo fios de cabelo ou fios de uma espanadeira, embora possamos discutir isso em alguma instância de discussão a que isso interesse. E o mesmo pensamento podemos ter quando lhe atribuímos conceitualmente um significado probatório de que os fios de cabelo nos proporcionam a ideia de que alguém mais esteve no quarto, podendo ser este uma cena de crime, uma cena de traição ou uma cena de quarto de hóspede sem limpeza. É nesse sentido que podemos entender uma explicação aparentemente contraditória de Peirce (2017b, p. 53), para quem «todo rema propiciará, talvez, alguma informação, mas não é interpretado nesse sentido». Por ora, interessa-nos, conceitualmente, apenas por suas qualidades probatórias, que depois podem ser discutidas em perspectiva proposicional.

Assim, embora tendo a noção antiga de essência na origem, assumida a noção de conceito como central na teoria ideacional, entende-se por que Willard Orman van Quine (2011a, p. 40) considera «o significado como aquilo em que se torna a essência quando ele se divorcia do objeto de referência e se une à palavras», que no caso de nosso interesse, quanto à prova do crime, é o sinal de que se valem os sujeitos processuais para suscitar o conceito probatório. Contudo, ao seguir explicando o significado na linguística, embora admitindo que «o significado de uma expressão é a ideia expressa» (2011b, p. 74), Quine considera que essa «ideia de uma ideia» possa ser completamente inútil à linguística como ciência, assim como no poderá ser ao processual penal que se pretenda sustentar cientificamente, porque «cria uma ilusão de ter explicado algo». Afinal, tanto em linguística, quanto em processualística, parece nos faltar algo além. E há, de fato, algo mais que se pode dizer do significado probatório, se tivermos em conta o tipo *dicente* de interpretante peirceano de que vamos tratar na sequência dessa seção.

Entretanto, desde esse significado conceitual probatório, pode-se já antever que o significado, quer esteja apenas pensado mentalmente pelo sujeito processual, quer venha depois expresso em enunciados linguísticos probatórios, só tem significado porque exprime uma ideia que se impõe intencionalmente pelos indivíduos que o

usam. É nesse sentido que se pode compreender a teoria psicológica de H. P. Grice (1957, p. 387-388), para quem podemos encontrar significados em expressões linguísticas porque estas exprimem ideias ou intenções dos seus locutores, mas como ele conclui, isso se pode dizer igualmente das intenções não linguísticas. E embora saibamos que, tanto na linguagem quanto na prova, dependemos de certos usos compartilhados, bem como de contextos, essa ainda é uma boa forma de começarmos a compreender o significado probatório do interpretante.

3.2. Sentenças, enunciados e proposições probatórias¹

Ao pensar, conceitualmente, «isto é uma prova» —independentemente dos sinais, sejam fios de cabelo, cédulas de dinheiro ou documentos, sejam encontrados na cena de um crime ou recolhidos posteriormente— o sujeito processual lhe impõe (intencionalmente) um primeiro significado probatório, mas ainda nada se diz acerca do que são provas. Em algum momento, contudo, precisará dizê-lo, não apenas o primeiro sujeito processual que se decidiu por «isto é uma prova», também todos os demais sujeitos que o sigam nessa intuição primária poderão constituir sentenças, cada um ao seu modo, em diversos episódios enunciativos nos documentos escritos do processo penal —no laudo pericial, no despacho de indiciamento e no relatório de inquérito, na denúncia ou na sentença penal; e se estiverem concordantes, segundo uma mesma e única proposição como XpY , terão em mente algo como «isto prova aquilo» — em que X pode ser um único sinal ou um conjunto de sinais e Y um crime ou aspecto de um crime. Esse breve relato supõe uma distinção —entre enunciado, sentença e proposição— que, embora não se encontre geralmente de forma clara, deve ser pressuposta para que possamos entender a concepção proposicional do significado que encontramos em enunciados probatórios. Contudo, antes mesmo de qualquer documentação processual, ou até qualquer asserção pública, se encontra na crença do sujeito processual. «As proposições —como bem observa Quine (2011c, p. 134)— são consideradas mais corretamente significados de enunciados, como Frege apontou, não o que é nomeado por enunciados». Essa redução teórica —de que proposição são significados de enunciados— requer, contudo, uma melhor explicação do que podemos considerar proposições, tanto em comparação com nomes, quanto em relação a fatos. E nesse sentido, a concepção de Russell é a mais indicada como ponto de partida (Dutra, 2017, p. 54 e ss.), embora ele mesmo tenha admitido ter-se influenciado por Wittgenstein.

As proposições são —segundo Russell— símbolos complexos, no sentido de que são compostas de outros símbolos. Na terminologia que temos utilizado, diríamos melhor que são interpretantes (também complexos) dos signos que pressupõem al-

¹ O termo «sentença» é utilizado neste artigo, segundo a explicação que se encontra neste tópico, em distinção com enunciados e proposições, salvo quando expressamente venha especificada como «sentença penal» para falar de um ato jurídico-processual.

guns conceitos (remas) para compor-se, porque os símbolos —segundo a concepção de Peirce— se encontram na relação do signo com o objeto. Mas, ao falar de proposições, Russell parece mesmo encaminhar-se no sentido referencial, embora o faça de uma forma mais elegante e sofisticada. Ao falar das relações entre fato e proposição, explica-se que considera *fato* «a espécie de coisa que torna verdadeira ou falsa uma proposição» (1978a, p. 57), mas ressalta que com essa afirmação não tem em vista qualquer coisa em particular que se possa referir por um nome simples; é algo mais que somente se expressa por uma sentença completa, da qual então a proposição é seu significado. Seria, no que nos interessa, algo como distinguir entre elementos particulares do tipo penal —como «alguém» em «matar alguém»— e expressar o fato completo do crime «X matou Y». E nesse sentido, portanto, Russell (1978a, p. 61) assevera que as proposições não se devem confundir com nomes para os fatos, porque temos aqui uma relação totalmente diferente.

Assim, entende-se melhor quando considera a proposição como símbolo complexo, recorrendo à explicação com base numa sentença composta de várias palavras. E o entendemos melhor quando, em um texto seu mais tardio, tratando da significação das sentenças, afirma que as palavras significam algo que denomina «ideia» (Russell, 1978b, p. 171), embora suponha que a significância da sentença deve ser chamada de «proposição» que é verdadeira ou falsa (p. 159). Contudo, ao admitir claramente que a sua noção de significado é de alguma forma psicológica, afirmando que se trata de um estado de alguém que crê e recusando uma possível teoria puramente lógica do significado (1978a, p. 60; 1978b, p. 164), Russell nos conduz a entender que, embora os fatos sejam o que torna verdadeira ou falsa uma proposição, esta não depende de que seja verdadeira ou falsa para que possamos emitir ou entender seu significado. Essa noção de proposição independente dos fatos se encontra mais expressamente no *Tractatus* de Wittgenstein (2020, p. 159), para quem «a proposição é uma figuração da realidade: pois sei qual é a situação por ela representada, se entendo a proposição» (4.021), mas adiante ele cuida de ressaltar que «a proposição tem um sentido independentemente dos fatos» (4.061). Isso poderá parecer ao jurista estranho, porque interessa ao processo penal precisamente discutir as proposições em relação ao fato do crime, saber se é verdade ou não o que se diz acerca do autor a quem se atribui uma culpa. Essa aparente contradição, contudo, parece ter sido discutida por Peirce com que pensamos ser possível entender melhor a questão.

Também C. S. Peirce (2017b, p. 77) considerava as proposições como «o tipo de signo que *veicula* informação», admitindo que a prova mais característica de que estamos diante de proposições é que elas podem ser verdadeiras ou falsas. Mas ao explicar-se melhor, ressalta que, supondo alguma expressão qualquer —que adaptamos ao nosso interesse, como «esses fios de cabelo são do autor do crime»— «isso é uma proposição quer seja verdade ou não, quer alguém a afirme ou não e quer alguém concorde com ela ou não» (p. 80). Até aqui, contudo, nenhuma diferença quanto à concepção de Russell, porque Peirce estava a sugerir que as proposições antecedem e existem antes de qualquer asserção pública, na qual alguém que a profere estará

sujeito a certas penalidades sociais, caso o ato não seja verdadeiro. É, contudo, ao tratar da natureza da asserção, e depois das relações entre argumentos e proposições, que estas se tornam mais claras na concepção de Peirce. Iremos reconstruir seu entendimento, partindo de sua conclusão de que «as proposições hipotéticas abarcam todas as proposições» (Peirce, 2017b, p. 99), excluindo os argumentos lógicos que apresenta. Assim, se algum sujeito processual diz que «X prova que Y», trata-se de uma proposição hipotética, na qual temos uma «gama de possibilidade», no sentido de que a proposição deriva suas características (p. 96). A hipótese primária é conceitual, que X seja uma prova, porque toda proposição (*dicente*) supõe algum conceito (rema); mas a hipótese proposicional é que, mesmo sendo uma prova, ao dizer que prova Y, apenas aduz um caso possível. É, nas explicações de Peirce (p. 95), «aquilo que é *possível* é uma hipótese que, não se conhece, e certamente não se pode inferir que seja falsa». Isso decorre porque, segundo Peirce (p. 91), «o mundo real não pode ser distinguido do fictício por nenhuma descrição», ou seja, se há ou não o crime que algum sujeito processual diz estar provado em uma asserção, esta consiste apenas «no fornecimento de evidência pelo locutor ao ouvinte de que o locutor acredita em algo» (p. 90) —acredita que $XpqY$. Trata-se, assim, apenas do significado expresso que o sujeito processual atribui aos sinais disponíveis.

A considerar, contudo, essas conclusões acerca das proposições, somos forçados a entender que o significado é apenas o que torna compreensíveis os enunciados, assim como qualquer outro tipo de signo, independentemente dos fatos a que se referem existirem ou não, quer sejam verdadeiras ou falsas as sentenças, desde que assumam algum sentido compreensível. E nesse sentido, as proposições são apenas uma forma de significado entre outras que encontramos nos conceitos vistos anteriormente, assim como nos argumentos que veremos em seção adiante, após tratarmos das concepções pragmáticas acerca do significado como uso.

4. USOS, COMPORTAMENTOS E CONTEXTOS PROBATÓRIOS

Apesar da compreensão do significado viabilizada pelas noções de conceito e proposição, encontramos um grupo de pensadores que desenvolvem uma noção mais pragmática em torno da noção de uso, bem como de comportamentos e contextos. Com isso, geralmente, pretendem suplantar a recorrente ideia de que os significados são entidade mentais que se encontram na posse de uma pessoa e conseguem efetivamente demonstrar que há aspectos externos ao falante que merecem a atenção na discussão acerca do significado. Contudo, esperamos tornar claro que mesmo em perspectiva pragmática, pode-se ter um relato mais amplo e completo que, embora enfatizando a relevância dos elementos ambientais, não nos deve obrigar a rejeição das demais concepções, inclusive até mesmo a referencial. Essa é a compreensão de Luiz Henrique de Araújo Dutra (2017, p. 92-107) que adotaremos, por considerarmos a mais adequada e conter algumas boas intuições, sobretudo ao significado

probatório que nos interessa, após considerarmos algumas outras que nos oferecem algumas intuições importantes.

A começar pela concepção de John Dewey (1980, p. 29 e ss.), ao falar das relações entre natureza, comunicação e significado, encontramos a afirmação de que «o significado é primeiramente intenção» —ele não lhe nega isso, mas adverte que essa intenção «não é pessoal no sentido privativo e exclusivo». Qual, então, o sentido? Usando um exemplo —que adaptamos ao âmbito das provas— Dewey supõe que o significado envolve movimentos, sons e cooperação. Primeiramente, um sujeito processual (A) apresenta uma alguma coisa (X) a outro sujeito (B), emitindo sons que dizem algo acerca de X —como $XpqY$, recebendo de B movimentos e sons concordes de cooperação. Nesse sentido, assevera Dewey, X deixa de ser algo apenas em modo bruto no momento de interação, passando a ser considerado em relação a suas potencialidades, como um meio para consequências outras —no caso, algumas cédulas de dinheiro, por exemplo, podem com o significado probatório, viabilizar uma condenação por lavagem de dinheiro. A considerar, contudo, que Dewey fala de intenção e cooperação, parece-nos ainda possível interpretar sua concepção em termos de intencionalidade, segundo uma intencionalidade coletiva de que nos fala J. R. Searle (2020, p. 208), ampliando a comunicação entre A e B para outros sujeitos que se encontram envolvidos na instituição jurídica do processo penal. Searle admite que, em razão da cooperação humana, podemos pressupor uma intencionalidade coletiva, embora proponha um contraexemplo, que se encontra na teoria da mão invisível de Adam Smith. Nessa teoria há uma ideologia que recusa qualquer intencionalidade coletiva, porque nessa concepção econômica não há uma cooperação, mas um «cada um por si». Esse exemplo é valioso porque nos permite entender melhor o tipo de cooperação que podemos encontrar em empreendimentos como o processo penal, no qual não há de fato uma cooperação entre os diversos sujeitos, a considerar que pelo menos a defesa constitui uma resistência à construção coletiva de significado probatório que possa ser usado em seu desfavor. Searle considera, contudo, que ainda podemos falar de cooperação em empreendimentos coletivos assim —a exemplo do processo penal que não se conclui individualmente por nenhum sujeito— mas com cada um a fazer sua parte, a contribuir com sua intenção como parte de uma intenção maior —descobrir a verdade acerca de notícias de crime. Mas essa interpretação, ainda em termos intencionais, não deve excluir que também há realmente outros elementos contextuais a serem considerados na compreensão do significado.

Ludwig Wittgenstein (2021, p. 173-177), ao tratar do significado em sua teoria dos jogos de linguagem, parece sugerir que não podemos estabelecer uma significação completa da linguagem, mas apenas entender o como alcançamos os significados, segundo uma abordagem exclusivamente pragmática. Essa concepção encontra no âmbito da significação probatória uma grande vantagem, porque em muitos casos —mas não diria na totalidade— os sujeitos processuais se deparam com sinais primários para os quais não há nenhum significado previamente estabelecido a descobrir. Há antes uma espécie de invenção que cria o significado probatório que depois de

aceito e confirmado poderá ser ensinado na formação dos diversos sujeitos processuais. Nesses termos, podemos assimilar o exemplo de Wittgenstein sobre uma construção em que trabalham dois pedreiros com um relato um pouco mais primitivo do que até ele mesmo supôs. Afinal, quando o legislador penal institui legalmente um tipo de crime —p. ex. «matar alguém» ou «subtrair coisa alheia»— ele tem em mente certos eventos como homicídio ou furto, mas não imagina desde logo que tipo de sinais (coisas) pode vir a tornar-se prova desses eventos. E, de fato, ninguém acredita que se possa fazer um catálogo completo e anterior sobre todos os sinais que possam adquirir significados probatórios, e no entanto estes significados se constroem à maneira de um jogo de linguagem probatória. Essa relevância prática tem, portanto, um papel contextual na construção dos significados, mas não precisamos dizer que nada há além disso, porque de fato há, e outros relatos parecem tornar isso mais claro.

A concepção de Willard Van Orman Quine (1980, p. 133), embora partindo de Dewey, e admitindo também Wittgenstein, parece mais esclarecedora a respeito. A partir do que chama de «mito do museu», Quine não recusa que os significados dos termos de uma linguagem estejam todos determinados. É o que podemos dizer igualmente acerca das provas. Qualquer concepção jurídica que venha a postular significados probatórios determinados tende a ressuscitar o sistema medieval das provas taxadas, pelo qual se entendia, p. exemplo, que dois depoimentos concordantes significavam que tínhamos o suficiente para uma condenação, o que vinha predeterminado pela lei, sendo apenas afirmado pelo juiz no processo. Mas se essa não é a forma correta de definir o significado, qual seria então? Quine (2010, p. 55) nos sugere a noção de *significado estimulatório* (em um sentido naturalizado), para explicar que «o significado por estímulo de uma frase para um sujeito é a soma de sua disposição a assentir ou dissentir de uma frase em resposta a uma estimulação presente». Na concepção de Quine, o que ele considera «estimulação» se opõe ao que o sujeito «inculca» —com o que pretende evitar o idealismo mental— embora ele admita que essa estimulação possa resultar em contribuir para inculcar uma disposição em um sujeito. Estimulação, nesse sentido, diz expressamente Quine, seria algo universalmente considerado, algo reproduzível de um evento, não um evento datado em particular. Mas se assim for, se tivermos em conta o contexto de provas, isso não seria possível ao primeiro sujeito processual que pela primeira vez, em um evento particular datado, depara-se com um sinal que postula significar algo como prova. E, no entanto, isso é algo intuitivo que podemos admitir que acontece, ou deve ter acontecido antes, em algum momento, relativamente a certos sinais atualmente consolidados como significativamente probatórios. A concepção naturalista do significado em sentido comportamental de Quine parece ter algo a dizer além das teorias precedentes, mas parece ainda não dizer tudo que podemos observar em uma concepção pragmática mais ampla como a que encontramos em Luiz Henrique de Araújo Dutra (2017, p. 98), chamada de concepção ambientalista. O que faremos a seguir é um relato de como ele compreende o processo de significação porque nos parece que, em seus diversos detalhes, corresponde ao tipo de relato que consegue captar pontos importantes do problema do significado probatório com que adaptamos sua explicação,

fazendo algumas ressalvas que nos parecem necessárias para seguir com a concepção inferencial da próxima seção.

Assim como Quine, também Dutra (2017, p. 101 e ss.) supõe um problema de tradução entre línguas que podemos igualmente pressupor no caso da prova, se tivermos em conta a linguagem dos tipos penais com que o legislador define algum crime e a linguagem com que os sujeitos processuais, especificamente o juiz, considera haver traduzido em prova aquilo que o legislador teria suposto como significativo. Dutra propõe que podemos considerar o significado (S) de uma expressão (A) —aquí substituída por um sinal probatório (p)— observando certos contextos (C_1, C_2, \dots, C_n), nos quais certo sujeito processual poderá ser levado a formular algumas hipóteses de tradução (H_1, H_2, \dots, H_n) que podem significar o sentido que encontramos previamente suposto na linguagem típica do legislador. Nesses termos, parece fazer sentido dizer que o significado de «p», em um contexto «C» é interpretado como sendo hipótese probatória «H», relativamente a uma linguagem de base na qual também encontramos significados previamente supostos, segundo a fórmula « $S(p/C)=H$ ».

O problema desse relato —não quanto ao exemplo linguístico, mas sim quanto ao exemplo das provas— é que a decisão acerca de que hipótese deve prevalecer entre as várias existentes (H_1, H_2, \dots, H_n) como significado não pode depender das «boas razões empíricas» que Dutra sugere ao caso linguístico, porque essas razões no caso são precisamente os sinais a que devemos atribuir um significado probatório relativamente à linguagem do tipo. Apenas podemos proceder assim, se eliminarmos essa etapa e partimos diretamente para a análise dos enunciados probatórios linguísticos expressos em documentos processuais, que terá como razões empíricas precisamente os sinais primários chamados de prova por antecipação. Mas isso nos sonegaria o fundamental do problema lógico da razão probatória como fica evidente nesse relato. Ademais, precisamos considerar que, geralmente no âmbito das provas, os sujeitos processuais nem sempre —embora às vezes— dispõem de uma coleção de contextos de uso (C_1, C_2, \dots, C_n), estando reduzido a uma única aposta de partida como aquela com que precisa concluir: $S(p/C)=H$. Assim, por mais que se conceda ao contexto pragmático um papel relevante no estabelecimento do significado, não se podem eliminar todos os demais elementos, a exemplo dos quais as concepções ideacional e proposicional sugerem, e até mesmo a referencial, como inclusive Dutra considera necessário. O contexto pragmático, nesse sentido, embora contribua na constituição do significado, não nos permite dizer que é o determinante exclusivo da significação, sendo necessário considerar, entre outros elementos, além da intenção processual do sujeito processual, a disposição dos demais interlocutores para comunicarem-se, bem como a estimulação que os sinais disponíveis oferecem aos sujeitos processuais e, sobretudo, o que Dutra chama de *estado de coisas* —os diversos elementos da cena empírica do crime, quer esta tenha sido observada presencialmente, quer tenha sido apenas documentada nos autos do processo, mas que todos os sujeitos processuais levam em conta nos debates acerca do significado probatório dos sinais disponíveis.

As intenções dos sujeitos, nesse sentido, mesmo tendo em conta o estado de coisas da cena em questão, parece ainda ter alguma relevância na constituição do significado, a considerar nosso exemplo inicial dos fios ruivos de cabelo; porque, mesmo que possamos supor uma única e mesma cena do crime, sabemos que, conforme a intenção seja da polícia, da viúva ou do supervisor de limpeza dos quartos, os mesmo sinais até mantêm o conceito probatório, mas suas proposições poderão gerar sentenças muito diversas sobre crime, traição ou apenas sujeira em quartos de hotel. Isso não nos impede, contudo, de admitir as conclusões acerca do significado ambiental como uma questão de tradução entre duas linguagens, segundo a fórmula síntese de Dutra (2017, p. 142) — $S(p)_{L_1}=S(h)_{L_2}$ — em que L_1 é a linguagem do legislador e L_2 é a linguagem processual. Mas, para podermos chegar à redução da fórmula $S(p/C)=H$, contendo apenas uma hipótese (H), tendo em conta por vezes apenas um contexto (C), se tivermos em mente as provas de crime, precisamos de outros expedientes que parecem estar presentes no terceiro tipo interpretante de Peirce —os argumentos. Esses, contudo, bem compreendidos, nos permitem resgatar aquelas «boas razões empíricas» de que nos fala Dutra, se as pudermos entender no sentido das «inferências materiais» com que W. Sellars e R. Brandom falam de significado inferencial como classificação funcional em uma racionalidade elucidatória.

5. ARGUMENTOS, INFERÊNCIAS E RAZÕES PROBATÓRIAS

Além das concepções pragmáticas do significado que vimos até agora, William G. Lycan (2022, p. 151) ressalta a existência também do inferencialismo como teoria do uso. Os dois principais defensores dessa concepção são Wilfrid Sellars e Robert Brandom, cujas ideias nos permitem entendermos por que C. S. Peirce considera os argumentos como tipo de interpretante, o que nos parece ser necessário para complementar o relato do significado probatório. Sellars desenvolve a ideia de inferir como ato social, chegando a uma teoria inferencial do significado que depois Brandom irá desenvolver melhor em uma concepção particular do uso de uma frase, em sentido mais normativo, na qual se encontram associados à elocução pública um conjunto de compromissos e de titularidades (Lycan, 2022, p. 152). Ele parte da noção de *asserção* como uma prática social em que o locutor se compromete com a sua defesa contra objeções possíveis, apresentando *razões probatórias* para que qualquer interlocutor possa acreditar em uma afirmação factual suposta em proposições, o que nos parece ser uma boa forma de entender o significado inferencial.

Apesar de não se encontrar expressamente referido em Sellars e Brandom, é interessante constatar o quanto das intuições de Peirce acerca do argumento se vai encontrar depois nesses dois pensadores. A começar pela relação entre conceitos, proposições e argumentos —porque para Peirce, assim como as proposições supõem conceitos, os argumentos supõem proposições— os três tipos de interpretantes como significados se constroem do mais simples ao mais complexo. Os argumentos, nes-

se sentido, envolvem também conceitos —como deixará claro Robert Brandom ao explicar como as inferências materiais funcionam em discursos racionais, a exemplo do que nos interessa em matéria probatória; é, contudo, nos argumentos que o significado aparece de forma explícita, o que podemos encontrar desde Sellars. Mas o que são precisamente os argumentos?

O argumento, diz-nos inicialmente Peirce (2017b, p. 53), «é signo que para o interpretante é signo de lei», com o que pretende evidenciar aquilo que constitui a sua tríade do raciocínio (2017a, p. 9): *dedução*, *indução* e *abdução*, esta última em alguns escritos geralmente tratada como *hipótese* (2008, p. 165). Embora reconheça que também o *dicente* (proposição) pode (mas não necessita) dizer algo a respeito do mundo, «o interpretante do argumento representa-o como um caso de uma classe geral de argumentos, classe esta que, no conjunto, sempre tenderá para a verdade» (2017b, p. 54). Ao explicar o argumento em termos de coisas no mundo acerca do que tende, Peirce não pretende confundir a discussão do interpretante com o que supõe uma teoria referencial. Enfatizando a lei (inferencial lógica), ele diz que «é esta lei que, de alguma forma, o argumento sublinha, e este “sublinhar” é o modo próprio de representação dos argumentos». Assim, nesse sentido, o argumento deve ser uma espécie de signo que envolve uma proposição como premissa —«porque o argumento só pode sublinhar a lei, sublinhando-a num caso em particular»— assim como uma proposição como conclusão, que representa claramente o significado do interpretante. Ao voltar na distinção com os demais interpretantes, Peirce insiste que «sua peculiaridade, portanto, está em seu modo de significar, e dizer isto é dizer que sua peculiaridade reside em sua relação com seu interpretante». É por isso que em outra passagem, ao apresentar a tricotomia dos argumentos» Peirce volta a insistir que «o argumento sempre é entendido por seu interpretante como fazendo parte de uma classe geral de argumentos análogos...» (2017b, p. 59), apresentando os três modos com que considera possível obter o significado. Aqui nessas primeiras considerações acerca dos argumentos, já podemos antever a ideia de significado como classificação, bem como o reconhecimento do papel das inferências que mais recentemente iremos encontrar em Sellars como veremos.

É, contudo, em um estudo sobre o pragmatismo, que Peirce, ao falar dos três tipos de raciocínio, voltando a discutir suas diferenças e relações, expressa mais claramente o que entende por *significado de um argumento* (2017d, p. 222). Inicialmente, ele nos adverte que a noção de significado abrange sempre alguma referência a um propósito. Contudo, embora trate dos conceitos, proposições e argumentos como significados em seu interpretante, Peirce considera que o argumento, mais especificamente, é o único tipo cujo propósito é explícito, orientando-se para a obtenção do acolhimento de sua conclusão. Assim, ele considera que «parece natural usar a palavra *significado* para denotar o interpretante declarado de um símbolo» (p. 222). Essa passagem em Peirce parece antecipar a concepção inferencial de Sellars acerca do significado, ao enfatizar a proeminência dos argumentos no estabelecimento do significado. Mas não podemos simplesmente abandonar os demais tipos de significa-

do, como o conceito (que ele também chama de termo) e a proposição, que também em Peirce se encontram como espécies de interpretante. É por isso que precisamos prestar atenção na sutil diferença que Peirce atribui aos argumentos, relativamente aos demais interpretantes, ao falar de significado em todos eles, concluindo que, «se por significado de um termo, proposição ou argumento, entendemos a totalidade do interpretante geral pretendido, neste caso o significado de um argumento é explícito» (2017d, p. 224). E isso de tornar-se explícito é algo a que Brandom dará uma grande ênfase, partindo de algumas ideias que encontramos em Sellars como pretendemos evidenciar nas discussões que se seguem nessa seção.

5.1. Significado inferencial

Iniciando com a expressão «está chovendo, portanto a rua estará molhada» —que podemos adaptar para «isso são fios de cabelo, portanto alguém esteve aqui»— Sellars (2007a, p. 3) considera que podemos explicitar a existência do argumento, dizendo algo como «sempre que X, temos Y», o que em nosso exemplo significa «sempre que encontro fios de cabelo no local (X), posso crer que alguém esteve no local (Y)». A considerar que o raciocínio se baseia em princípios formais da lógica, Sellars se dispõe a demonstrar que há regras de inferência material que também devem ser levadas em conta. Após elencar seis compreensões diversas das relações entre regras formais e materiais de inferência, assume expressamente a posição que: «As regras materiais são tão *essenciais para o significado* (e, portanto, para a linguagem e o pensamento) quanto as regras formais, contribuindo com os detalhes arquitetônicos de sua estrutura dentro dos arcobotantes [*flying buttresses*] da forma lógica» (2007a, p. 7). Explicando-se sobre essa distinção que supõe, Sellars considera como diferença essencial, entre inferências extralógicas e lógicas, para terem validade dependerem ou não de algum conjunto de termos descritivos, o que para Sellars necessariamente precisa recorrer a premissas adicionais sustentadas em sentenças formuladas com base em leis da natureza. É o que, assumindo terminologia sugerida por Carnap, ele chama de «regras-P» (por abreviação de *physical*), em contraposição às regras-L (por abreviação de *logical*), com as quais podemos falar em inferências L-válidas ou P-válidas.

O objetivo de Sellars, contudo, é enfatizar que, tendo em conta essas regras de inferência, devemos considerá-las como afirmações que se comportam como asser-tabilidade condicional de sentenças, porque o conteúdo conceitual que existe em uma expressão linguística requer a articulação de regras inferenciais materiais que viabilizam seu uso. Apesar da ênfase que busca dar às regras de inferência material, Sellars não pretende conferir nenhum papel de fundamento ao que chama de *dado* da realidade. Segundo ele encaminha suas conclusões, ao falar de regras de inferência material apenas especificam um significado descritivo da expressão de qualquer linguagem em um quadro que vem estabelecido por regras de inferência formal. Assim, «o papel do dado deve ser comparado ao papel do ambiente na evolução das espécies» —ressalta ele, observando que isso é característico da ciência moderna, na qual as es-

truturas conceituais devem ser aceitas como mutantes que visam a desafiar o mundo. Isso quer dizer que, conforme o reconhece Sellars (2007a, p. 26), diante do número indefinido de estruturas conceituais ou sistemas de regras formais e materiais, elas se podem assumir apenas como possibilidades de adoção por quem as reconhece, sem qualquer prioridade entre elas; deve haver algo como uma espécie de competição em um mercado de prática de emprego pelos usuários, sempre de forma hesitante e meramente esquemática.

Assim, entende-se por que Sellars considera o «significado como classificação funcional», ao explicar que em sentenças na forma «*s* significa que *p*» —a exemplo do que encontramos na discussão probatória— dizendo que «especificar o significado de uma palavra ou sentença é fornecer uma classificação funcional do mesmo em vez de uma caracterização referencial» (2007b, p. 95), assim como podemos dizer que especificar o significado de um sinal (*s*) como prova (*p*) é fornecer uma classificação funcional dela na prática processual, o que supõe, além de regras de inferência formal, outras tantas de inferência material sustentadas na experiência. Nesse sentido, assumindo o relato sugerido por Sellars, podemos dizer que, se um sujeito processual apresenta algum enunciado probatório, ele o faz por uma *classificação funcional do enunciado*, o que envolve, «um uso especial (ilustrativo) de expressões com as quais se presume que o destinatário esteja familiarizado, ou seja, que são, por assim dizer, em sua língua de fundo». Essa língua de fundo, supondo tratar-se de prova de um crime previsto na lei penal, encontra-se na linguagem do tipo de crime. O sujeito processual, então, dirá «aqui está uma prova do elemento típico do crime», que resulta assim em uma classificação funcional do sinal como prova, supondo regras de inferência formal e material que igualmente presume nos demais sujeitos processuais. É nesse sentido que Sellars considera o significado de uma expressão (no caso acerca da função probatória de um sinal) como seu uso (no sentido de função), no sentido de que dizer o que significa um sinal é classificá-lo por um expediente ilustrativo.

5.2. Racionalidade elucidatória

Retomando algumas ideias de Sellars —entre outros em que se baseia, especialmente Frege e Dummentt— Robert Brandom (2013) apresenta-nos um relato acerca do papel das inferências especialmente relevante ao significado probatório que nos interessa. Ele também considera importante a distinção entre inferências formais e materiais de que nos fala Sellars, assumindo inclusive sua ideia básica de que «as regras materiais são tão *essenciais para o significado* (e, portanto, para a linguagem e o pensamento) quanto as regras formais...», acrescentando alguns outros elementos que tornam o inferencialismo mais compreensível no âmbito de uma discussão pragmática do significado, ao distinguir também entre circunstâncias e consequências, bem como compromissos com as inferências materiais pressupostas. Assim, além da tese principal de Sellars —acerca da importância das inferências materiais no raciocínio— Brandom (2013) especifica melhor outras que considera presentes desde Fre-

ge, para enfatizar que os atributos de um raciocínio não se podem limitar apenas ao domínio do que encontramos no cálculo lógico, acrescentando ainda o que nos parece ser a sua tese principal, nos seguintes termos: «as práticas inferenciais materiais, que governam e tornam possível o jogo de dar e pedir razões, são trazidas para esse jogo, e assim na consciência, como temas explícitos de discussão e justificação» (p. 76).

O ponto de partida de Brandom está na sua noção de «conceito», que considera em termos de uma *demarcação inferencial*, ao explicar que o domínio de qualquer conceito nos exige dominar muitos outros conceitos, porque captar um conceito consiste precisamente em captar as suas relações com outros conceitos (2013, p. 63). Se sua tese estiver correta —como nos parece ser o caso— devemos voltar àquela primeira concepção ideacional do significado baseada na noção de conceito, para entender que ao considerar que algo é uma prova (apenas conceitualmente considerado na mente, não ainda preposicionalmente em alguma sentença afirmativa), um sujeito processual assim o considera tendo em conta algum conceito mais amplo de prova, com base no qual procede alguma inferência; e se depois considera que é prova de algum aspecto do crime, assim o faz igualmente com base em algumas outras inferências. Assim considerado o conceito, Brandom (2013, p. 63) ressalta que para um conceito qualquer adquirir uso informativo, é preciso que alguns outros conceitos tenham usos não informativos. Isso começa a nos esclarecer como é possível ao sujeito processual, diante de algumas hipóteses de interpretação da linguagem típica do crime em linguagem processual das provas, escolher aquela com que pretende sustentar suas proposições acerca do sinal. Mas isso, embora o faça com base em inferências materiais como sustenta Brandom, não significa que o faz com base em razões empíricas atuais e presentes, ainda que algumas razões empíricas estejam supostas nos muitos conceitos de que se utiliza para classificar seu sinal conceitualmente no caso. Assim, entende-se por que, embora reconheça o papel das inferências formalmente consideradas, estas dependem de alguma maneira de suas qualidades materiais. Portanto, não se pode recorrer a elas para explicar-se, porque a qualidade formal das inferências depende e decorre da qualidade material das inferências (Brandom, 2013, p. 70). Essa é uma concepção lógica que nos parece corresponder àquela teoria da investigação de John Dewey (1950), para quem as formas lógicas de raciocínio nascem a partir de anteriores investigações controladas e garantidas, nas quais podemos encontrar inferência materiais nesse sentido brandomiano, e nesse sentido não nos é difícil imaginar como isso pode dar-se em relação às provas criminais, a considerar tudo o que acontece ao longo de um processo penal, desde a investigação, passando pela discussão em instrução e chegando ao julgamento. Claro é que essas inferências, embora as possamos supor na mente dos sujeitos processuais, não aparecem geralmente explícitas em suas manifestações públicas, sequer mesmo nos documentos processuais oficiais. Eventualmente, podemos encontrar algo próximo disso em laudos periciais —mas infelizmente nem sempre o encontramos de fato— embora fosse desejável que também despachos de indiciamento, denúncias e sobretudo sentenças penais tenham explícitas essas inferências supostas nos conceitos que usam ao esta-

belecer o significado probatório de certos sinais. É, contudo, a respeito disso que a teoria de Robert Brandom tem algo especialmente relevante a enfatizar.

Ao falar do que chama de *razão elucidatória*, Brandom retoma uma ideia de Sellars acerca do método socrático, considerando-o como «uma maneira de colocar as nossas práticas sob um controle racional, expressando-as de forma explícita» (2013, p. 71). Ele considera que dessa forma podemos tornar explícito o que se encontra implícito naquilo que enunciamos, dando assim razões, bem como as pedindo, se esse for o caso, acerca das classes de funções conceituais com base nas quais apresentamos algum conteúdo conceitual, como uma prova, por exemplo. Embora possamos objetar que isso é exaustivamente complexo para tratar de questões em conversas corriqueiras, este parece ser precisamente o tipo de relato que corresponde ao que esperamos ao falarmos de provas criminais. E uma forma de fazer isso —que Brandom colhe de ideias de Dummentt—, é discutir as circunstâncias e consequências das sentenças, a exemplo do que encontramos nos enunciados do tipo «X prova que Y», em que X seja considerado um sinal ou conjuntos de sinais e Y seja considerado culpado por algum crime, para irmos direto ao que interessa ao final de um processo penal, embora saibamos que isso envolve discutir muitos outros enunciados menos completos acerca de um aspecto do crime relativamente a algum sinal em particular.

Assim, ao admitir que um enunciado envolve sempre circunstâncias e consequências de seu uso, Brandom volta a enfatizar o significado inferencial, ressaltando que «a ligação entre significação pragmática e conteúdo inferencial é fornecida pelo fato de que a afirmação de uma oração consiste em adquirir implicitamente um compromisso com a correção da inferência material que vai das suas circunstâncias às consequências de sua aplicação» (2013, p. 78). Não se trata, nesse caso, de uma questão de tudo ou nada, admite Brandom, porque, enquanto um metalúrgico está habilitado a compreender o conceito de *tellurium* melhor que ele (segundo seu exemplo), podemos também dizer que esperamos dos sujeitos processuais comprometidos com o empreendimento de provar um crime que estejam habilitados a discutir por que razões um determinado sinal pode adquirir significado probatório. E não conseguimos transmitir esse conceito probatório de crime —para usar outro exemplo de Brandom— fornecendo um testador infalível de provas que possa acender uma luz na presença de sinais. Fazemos isso oferecendo razões para alguém crer que um sinal pode ser classificado como prova de crime, primeiramente em geral, depois como prova de algum aspecto do crime especificamente nos enunciados probatórios, mas o fazemos sempre tendo em conta as circunstâncias em que encontramos o sinal em questão, bem como as consequências que esperamos obter dos enunciados —o que Brandom tenta englobar na noção de *compromissos inferenciais*.

Apresentando casos de uso pejorativo de termos como «negão», «prostituta», «bicha» e «comunista» —aos quais podemos acrescentar «criminoso», por exemplo— Brandom observa que a questão de classificar alguém com esses conceitos, pressupõe fazermos sempre uma espécie de inferência que poderá ser questionada, ainda que não se queira questionar o conceito geral de que decorre, o que é geralmente uma

forma de discutir ideias, voltando-se apenas para o fato em questão. Esses, contudo, não são os únicos exemplos que pressupõem inferências, porque podemos encontrá-las em quaisquer outros conceitos, a exemplo de «prova» ou «prova de X». Como nos adverte Brandom, qualquer uso de um conceito, assim como de uma expressão, envolve compromissos com inferências que devem ir desde seus fundamentos até as suas consequências práticas, o que no caso da prova implica as possibilidades de condenação de alguém, em alguns países uma condenação de morte. E Brandom parece ter consciência disso, ao suscitar casos históricos que para o jurista se tornaram paradigmas de autoritarismo como o «inimigo do povo» no regime nazista. É por isso, certamente, que Brandom insiste na necessidade de uma explicitação dos compromissos inferenciais implícitos em qualquer enunciado, para que se tragam à tona da discussão o conceito suposto, tornando-o «suscetível de crítica e necessitado de justificação» (2013, p. 86). É o que, igualmente, espera-se das provas de crimes, apresentadas e discutidas em processo penal como instituição jurídica pública, embora nem sempre seja possível chegar ao que Brandom chama de *teoria da harmonia* em questão de provas, apesar de ele recorrer à atividade de juízes para dar um exemplo.

Ele acredita seriamente que, se tiver algum sentido falar de uma teoria da harmonia, ela «deve assumir a forma de uma investigação do processo elucidativo contínuo, do “método socrático” de descobrir e ajustar conceitos discordantes, o único que dá conteúdo à noção de harmonia» (2013, p. 91). Brandom compara essa possibilidade à prática jurisprudencial de juízes que sintetizam princípios com base em práticas anteriores, conforme encontramos no direito consuetudinário —portanto, no sistema de *common law*, próprio dos países de tradição jurídica anglo-saxônica— cuja principal consequência, ao explicitar as razões inicialmente implícitas, será a autoridade reguladora que terá para uma prática posterior. Contudo, mesmo no sistema de *civil law*, próprio dos países de tradição jurídica romana como o Brasil, cujos juízes decidem com base em legislação positivada previamente, parece-nos que em matéria de provas do crime, podemos imaginar uma prática similar ao modelo sugerido por Robert Brandom. A considerar que, em muitos casos processuais penais, mesmo não tendo conceitos prévios acerca do que possa ser considerado prova, precisamos discutir os sinais em questão pedindo e dando as razões probatórias, bem como levar a sério o compromisso inferencial de que essas razões se prestam a condenar não apenas a pessoa em questão, mas qualquer outra que pudesse estar em situação similar e venha a estar em casos futuros. É isso que, em termos jurídicos, o direito processual espera obter com os princípios de igualdade e sobretudo imparcialidade dos juízes, mas estes por si não nos oferecem garantia de que os juízes vão proceder segundo essa razão elucidatória, assumindo compromissos inferenciais.

6. COMPROMISSOS IDEOLÓGICOS: CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegar nesse ponto de discussão, tendo em conta todas as questões que enfrentamos acerca do significado —em torno das noções de referência, ideia, proposição

e argumentos, bem como de seus usos em contextos pragmáticos— parece-nos ser irremediável concluir com a noção de «significado como unidade cultural» sugerida por Umberto Eco (2014, p. 56). Essa concepção parece ter uma força congregante de muitas ideias acerca do significado, e diremos por que pensamos que ela é uma boa forma de termos tudo em mente, sem abrir mãos do que as demais concepções têm a dizer-nos. Ao final, ela nos permite dizer que o significado somente é possível no quadro de alguma ideologia com que se compromete o falante, no caso das provas, o sujeito processual. Em outros termos, igualmente esclarecedores, podemos dizer que os significados são objetos abstratos da cultura, como o sustenta Luiz Henrique de Araújo Dutra (2021b, p. 16).

Assim como o termo «asrs» —segundo exemplo de Umberto Eco— tinha um significado distinto de como o entendemos atualmente, podemos dizer que dois depoimentos concordantes de testemunhas no sistema medieval de provas (Ferrajoli, 2002, p. 108) não tinham o mesmo significado probatório que atualmente lhe atribuímos no processo penal contemporâneo em razão da cultura distinta de cada época. E se quisermos ir mais longe, podemos dizer que sobreviver ileso a uma prova corporal não terá atualmente para nós sequer qualquer significado probatório como supõem os relatos das ordálias no antigo direito germânico (Foucault, 2013, p. 63). O que explica essas diferenças é precisamente o que alimenta nossos conceitos, proposições e argumentos acerca das provas que podemos identificar como o conjunto de elementos culturais chamados de ideologia. Poderíamos dizer, segundo a terminologia de J. R. Searle (2002, p. 198), que temos no caso um *background* —«um conjunto de capacidades mentais não-representacionais que permite a ocorrência de toda representação»—, mas pensamos que podemos considerar isso em termos do que Karl Mannheim (1982, p. 82) chama de ideologia —ampliando aquilo que no marxismo considera um particularismo de grupos— para explicá-la genericamente como mentalidade de uma época, incluindo o aparato conceitual de opositores que disputam uma questão qualquer, ao tentarmos compreender os conceitos segundo o conjunto da vida compartilhada pelas partes em discussão, a exemplo da oposição entre acusação e defesa no âmbito do processo penal. É claro que, inevitavelmente, ficando ainda com o exemplo do processo penal, os sujeitos processuais também podem se ver influenciados por uma ideologia de classe ao tratarem das provas do crime, deixando-se influenciar também por interesses e valores, que geralmente se encontram nas diversas teorias jurídicas do delito alimentada por uma ideologia punitiva, mas mesmo nesses casos, precisarão tratá-la de uma forma racional que não se mostre estranha à ideologia científica do conhecimento que se espera das pessoas nas sociedades ocidentais atualmente. Ao considerar, assim, a racionalidade científica em termos ideológicos, fazemos naquele sentido que a reconhece Paul Feyerabend (2011, p. 123), ao ver na ciência uma ideologia entre outras, mas não chegamos ao ponto de considerar que ela precisa estar totalmente separada do Estado como a religião, justamente porque em matéria de prova do crime, pensamos que, mesmo sendo considerada uma ideologia, ainda nos parece ser a melhor ideologia com que os sujeitos processuais, como representantes do Estado, podem enfrentar questões re-

lativas a provas do crime. Desde, é claro, que os sujeitos processuais estejam dispostos a considerá-la seriamente, no contexto de sua prática jurídica, naquele sentido que Robert Brandom defende ser necessário ao falar da racionalidade elucidatória, tendo em conta as circunstâncias e as consequências práticas de suas conclusões acerca das provas do crime.

Assim, apesar das fragilidades que se encontram em todas concepções acerca do significado, parece realmente que todas elas têm algo a oferecer nesse empreendimento processual probatório, desde a concepção referencial, que não nos deixa perder de vista que estamos sempre nos referindo a um crime como objeto, até as práticas processuais relativas aos usos, suas circunstâncias e consequências, mas sem deixar de lado aquilo que necessariamente nos parece compor o significado probatório, os conceitos envolvidos em proposições, mas sobretudo expresso em argumentos que esperamos encontrar nas motivações das sentenças penais e devemos sempre reivindicar se não estiverem explícitos. Afinal, somente assim podemos arbitrar acerca do que nos interessa em todo esse empreendimento, se há nisso tudo alguma *verdade*.

REFERÊNCIAS

- Abbagnano, N. (2007). *Dicionário de filosofia*. Martins Fontes.
- Alston, W. P. (1972). *Filosofia da Linguagem*. Zahar.
- Brandom, R. B. (2013). *Articulando razões: uma introdução ao inferencialismo*. EDPUCRS.
- Dewey, J. (1950). *Lógica: teoría de la investigación*. Fondo de Cultura Económica.
- Dewey, J. (1980). *Experiência e Natureza*. Abril Cultural.
- Dutra, L. H. A. (2017). *Filosofia da Linguagem: introdução crítica à semântica filosófica*. Editora UFSC.
- Dutra, L. H. de A. (2018). *O campo da mente: introdução crítica à filosofia da mente*. Editora UFSC.
- Dutra, L. H. de A. (2021a). *Realidade e conhecimento social: aspectos ontológicos e epistemológicos das ciências humanas*. Editora UFSC.
- Dutra, L. H. de A. (2021b). *Temíveis Tigres Invisíveis: ontologia das realidades abstratas e dos poderes naturais*. Agrya Editora.
- Eco, U. (2014). *Tratado geral de semiótica*. Perspectiva.
- Ferrajoli, L. (2002). *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Revista dos Tribunais.
- Feyerabend, P. (2011). *A ciência em uma sociedade livre*. Editora UNESP.
- Foucault, M. (2013). *A verdade e as formas jurídicas*. NAU.
- Frege, G. (1978). Sobre o Sentido e a Referência. Em G. Frege, *Lógica e Filosofia da Linguagem*. Cultrix-EDUSP.
- Grice, H. P. (1957). Meaning. *The Philosophical Review*, 66(3), 377-388.
- Locke, J. (1999). *Ensaio sobre o entendimento humano*. Abril Cultural.
- Mannheim, K. (1982). *Ideologia e utopia*. Zahar.
- Lycan, W. G. (2022). *Filosofia da linguagem: uma introdução contemporânea*. Edições70.
- Mill, J. S. (1984). *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*. Abril Cultural.
- Mill, J. S. (2016). *A System of Logic* (Edição Kindle). Endymion Press.
- Peirce, C. S. (2008). *Ilustrações da lógica da ciência*. Ideias&Letras.
- Peirce, C. S. (2017a). *Princípios de Filosofia*. Em C. S. Pierce, *Semiótica*. Perspectiva.
- Peirce, C. S. (2017b). *Elementos de Lógica*. Em C. S. Pierce, *Semiótica*. Perspectiva.
- Peirce, C. S. (2017c). *Correspondência*. Em C. S. Pierce, *Semiótica*. Perspectiva.
- Peirce, C. S. (2017d). *Pragmatismo e pragmaticismo*. Em C. S. Pierce, *Semiótica*. Perspectiva.

- Quine, W. V. O. (1980). Relatividade ontológica e outros ensaios. Em O. P. A. Pereira da Silva (Eds.), *Ensaíos*. Abril Cultural.
- Quine, W. V. O. (2010). *Palavra e Objeto*. Vozes.
- Quine, W. V. O. (2011a). Dois dogmas do empirismo. Em W. V. O. Quine, *De um ponto de vista lógico*. Editora UNESP.
- Quine, W. V. O. (2011b). O problema do significado na linguística. Em W. V. O. Quine, *De um ponto de vista lógico*. Editora UNESP.
- Quine, W. V. O. (2011c). A lógica e a retificação dos universais. Em W. V. O. Quine, *De um ponto de vista lógico*. Editora UNESP.
- Ryle, G. (1980). A teoria da significação. Em O. P. A. Pereira da Silva (Eds.), *Ensaíos*. Abril Cultural.
- Russell, B. (1978a). A filosofia do atomismo lógico. Em B. Russell, *Lógica e Conhecimento*. Abril Cultural.
- Russell, B. (1978b). *Significado e Verdade*. Zahar.
- Searle, J. R. (2002). *Intencionalidade*. Martins Fontes.
- Searle, J. R. (2020). *Da realidade física à realidade humana*. Gradiva.
- Searle, J. R. (2021). A intencionalidade individual e os fenômenos sociais na teoria dos atos de fala. Em J. R. Searle, *Consciência e Linguagem*. Martins Fontes.
- Sellars, W. (2007a). Inference and Meaning. Em K. Scharp e R. B. Brandom (Eds.), *In the Space of Reasons: Selected Essays of Wilfrid Sellars* (pp. 3-27). Harvard University Press.
- Sellars, W. (2007b). Meaning as Functional Classification: A Perspective on the Relation of Syntax to Semantics. Em K. Scharp e R. B. Brandom (Eds.), *In the Space of Reasons: Selected Essays of Wilfrid Sellars* (pp. 81-100). Harvard University Press.
- Ullmann, S. (1977). *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. Fundação Calouste Gulbenkian.
- Walther-Bense, E. (2010). *Teoria geral do signo*. Perspectiva.
- Wittgenstein, L. (2020). *Tractatus Logico-Philosophicus*. Edusp.
- Wittgenstein, L. (2021). *Investigações Filosóficas*. Fundação Calouste Gulbenkian.

ERRO JUDICIÁRIO E RECONHECIMENTO DE PESSOAS: LIÇÕES EXTRAÍDAS DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Caio Badaró Massena

Bacharel em direito

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Mestrando em direito processual penal

Universidade de São Paulo (USP)

Advogado.

<https://orcid.org/0000-0002-9940-9759>

RESUMO: O presente trabalho pretende extrair, a partir da trajetória do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro, lições que possam contribuir para a evitação do erro judiciário. Para tanto, analisar-se-á a evolução jurisprudencial sobre o tema do reconhecimento e o discurso acerca do respeito às formalidades do art. 226 do código de processo penal brasileiro. Em seguida, com base em revisão bibliográfica de trabalhos sobre processo penal, prova judicial e psicologia do testemunho, buscar-se-á extrair algumas lições oferecidas por esta experiência, sobretudo no que diz respeito ao equívoco em apostar na superioridade moral e cognitiva dos juízes como remédio para as ilegalidades no âmbito da prova e à importância de se levar a ciência a sério, seja no desenho legislativo sobre os meios de prova, seja na atividade judicial de valoração probatória.

PALAVRAS-CHAVE: erro judiciário, reconhecimento de pessoas, legalidade probatória, prova e ciência.

JUDICIAL ERROR AND EYEWITNESS IDENTIFICATION: LESSONS DRAWN FROM THE BRAZILIAN EXPERIENCE

ABSTRACT: The present work intends to elicit lessons from the trajectory of the eyewitness identification in the Brazilian criminal procedure that can contribute to the avoidance of judicial error.

In order to do so, the work will analyze the jurisprudential evolution on the issue of eyewitness identification and the discourse on respect for the formalities of rule 226 of the Brazilian Criminal Procedure Code. Then, based on a bibliographic review of works on criminal procedure, legal evidence, and psychology of testimony, we will seek to extract some lessons offered by this experience, especially with regard to the mistake in relying on the moral and cognitive superiority of judges as a remedy for evidentiary illegalities and the importance of taking science seriously, whether in the legislative design on the means of proof, or in the judicial activity of probative valuation.

KEYWORDS: judicial error, eyewitness identification, evidentiary legality, evidence and science.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO.— 2. A TRAJETÓRIA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO DESDE 1941.— 3. LIÇÕES: A IMPORTÂNCIA DA LEGALIDADE PROBATÓRIA E O PAPEL DA CIÊNCIA NA ATIVIDADE PROBATÓRIA.— 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.— REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Os trabalhos recentes sobre prova judicial costumam destacar o caráter probabilístico do raciocínio empregado pelos juízes (por todos: Gascón Abellán, 2010, p. 43). Diz-se, nesse sentido, que no processo judicial «nunca um conjunto de elementos probatórios, por grande e relevante que seja, permitirá alcançar certezas racionais sobre a verdade de uma hipótese» (Ferrer Beltrán, 2007, p. 91, tradução livre). Disto decorre, naturalmente, a possibilidade sempre presente de erros judiciários materiais: aceitar como provado algo que não aconteceu ou não aceitar como provado algo que aconteceu¹.

À inevitável possibilidade de erro soma-se o fato de que em processos judiciais raramente reúne-se um conjunto completo, grande e rico de provas. Ao revés, juízes trabalham com informações limitadas e precisam decidir em um contexto de inevitável incerteza fática (Nance, 2018, p. 16). Em outras palavras, o processo judicial – o órgão julgador – precisa lidar com lacunas epistêmicas e várias formas de incerteza sobre os enunciados fáticos em disputa, potencializando o mencionado risco de erros (Tuzet, 2016, p. 104).

Como se vê, o erro fático não é um aspecto secundário do processo judicial. Não à toa, no tocante ao direito penal, a condenação de inocentes sempre esteve no centro das preocupações e foi ao longo da história vista como um escândalo moral e político. São conhecidas, quanto ao tema, passagens bíblicas (Deuteronômio 19:13; Gênesis 18:22-33), a «máxima de Trajano» citada por Ulpiano e as famosas fórmulas (proporções) de Blackstone, Fortescue e Lord Hale², todas a indicar que prevenir a condenação de um inocente é um mandato moral e político de alta intensidade,

¹ Sobre a relação entre prova e verdade, ver: Ferrer Beltrán (2005, p. 55 e ss.).

² Ver, sobre o tema: Sancinetti (2013, p. 3-6).

oriundo da experiência e do temor de que isto ocorra conosco, e cuja violação produz um verdadeiro escândalo institucional (Binder, 2021, p. 39).

Apesar desta tradicional preocupação, na doutrina brasileira o tema do erro judiciário no processo penal esteve, de algum modo, confinado às discussões sobre aspectos processuais do instituto da revisão criminal³. Ainda assim, não foram infrequentes as abordagens que optaram por uma visão bastante restritiva da revisão criminal em prol da segurança jurídica e da coisa julgada⁴.

Recentemente, contudo, dois fenômenos parecem ter reavivado as discussões sobre o tema. O primeiro diz respeito ao chamado *boom* editorial do discurso probatório nos países de tradição romano-germânica, que levou a um intenso debate sobre *standards* de prova, cuja função mais conhecida é justamente a distribuição de erro entre as partes⁵. O segundo fenômeno —de maior impacto— foi o uso nos Estados Unidos da América (EUA) da prova de DNA para demonstrar a inequívoca inocência de pessoas injustamente condenadas, com a posterior consolidação dos seus resultados por instituições como o National Registry of Exonerations e o Innocence Project⁶.

No Brasil, apesar da escassez de dados sobre erros judiciários, a recepção de trabalhos acadêmicos sobre a situação dos EUA (Garrett, 2012; Simon, 2012; Benforado, 2015) foi responsável por impulsionar o debate entre pesquisadores e processualistas penais. Os dados alarmantes sobre reconhecimento equivocado de pessoas naquele país (Garrett, 2012, p. 45-83; Innocence Project, 2020) juntaram-se, em terras brasileiras, à densa e longa produção bibliográfica de Lilian Stein e seus alunos no campo da psicologia do testemunho⁷. A título de exemplo, pesquisa empírica publicada em 2015 pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça já indicava um cenário problemático no que diz respeito às provas dependentes da memória no processo penal brasileiro (Stein e Ávila, 2015).

Presente o sinal de alerta quanto à prática do reconhecimento de pessoas no país, a participação de instituições como a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa e o Innocence Project Brasil tem sido decisiva

³ Nesse sentido, ver a rica obra de João Martins de Oliveira (1967), com a indicação de longa lista de casos de erros judiciários no Brasil e em outros países. Discutindo o tema fora do âmbito da revisão criminal: Barros (1987a).

⁴ Nesse sentido: Franceschini (1969); Mossin (1997). Ao revés, Frederico Marques (1965) defendia: «[a] aplicação dos preceitos sobre a revisão criminal deve, enfim, ser feita com bastante amplitude, uma vez que não se pode admitir, no Estado de direito, que o erro judicial possa perpetrar-se em prejuízo dos direitos e garantias individuais».

⁵ Sobre o tema, por todos e com ampla bibliografia: Ferrer Beltrán (2021, p. 115 e ss.).

⁶ Para uma breve história do chamado Innocence Movement, ver: Norris *et al.* (2018, p. 5-12). Interessante conferir também: Duce (2022).

⁷ A vasta lista de trabalhos técnicos da Prof.^a Lilian Stein pode ser consultada em seu currículo *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/5510256768554836>. Entre seus alunos, cujas pesquisas foram por ela orientadas, destacam-se Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar) e William Weber Ceconello (IMED).

para corrigir injustiças em casos particulares e inserir o tema no centro das discussões sobre erro judiciário⁸.

A virada jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ) desde o julgamento do *Habeas Corpus* 598.886 e a criação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de Grupo de Trabalho destinado a estudar o reconhecimento de pessoas em processos criminais, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes, revelam que o assunto ganhou as devidas proporção e importância⁹.

Neste trabalho, a partir da trajetória do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro (item 2), buscar-se-á tirar algumas lições que possam contribuir para uma visão ampla do erro judiciário no sistema de justiça criminal, sobretudo em relação à legalidade probatória e à contribuição da ciência para confecção de um adequado desenho institucional e para o momento de valoração probatória (item 3).

2. A TRAJETÓRIA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO DESDE 1941¹⁰

A influência do Codice di Procedura Penale italiano de 1930 (código rocco), de inspiração fascista, na elaboração do código de processo penal brasileiro de 1941 é bastante conhecida (Gloeckner, 2018; Malan, 2015). Não à toa, o artigo 226 do código de processo penal brasileiro mimetiza o art. 361 daquele diploma italiano, embora tenha deixado de repetir formalidades importantes (indagação sobre possível sugestão)¹¹ e flexibilizado (com a inclusão do «se possível» no inc. II do art. 226) o número de pessoas semelhantes com as quais o suspeito deveria ser comparado.

O fato é que à época já estavam disponíveis ao legislador diversos estudos sobre a falibilidade do reconhecimento de pessoas e sua influência em erros judiciários. Em 1924, em seu clássico *La critique du témoignage*, François Gorphe (2003, p. 215, tradução livre) alertava: «os erros de reconhecimento não podem contar-se; um vo-

⁸ É de se destacar ainda a contribuição que vem sendo dada pela Polícia Civil de alguns Estados brasileiros, como as de Santa Catarina e de São Paulo, que por meio de suas Academias de Polícia oferecem cursos de capacitação e espaços de debate sobre o tema.

⁹ O relatório final do referido Grupo de Trabalho do CNJ é um rico documento, seja do ponto de vista descritivo seja do ponto de vista prescritivo, sobre o erro no reconhecimento de pessoas no Brasil: Conselho Nacional de Justiça (2022).

¹⁰ Algumas advertências devem ser feitas desde já. Não se pretende aqui realizar uma investigação empírica das decisões dos tribunais brasileiros sobre reconhecimento de pessoas desde 1941, o que exigiria maiores cuidados metodológicos e excederia o escopo deste trabalho. O que se pretende tão somente é traçar, em linhas gerais, a trajetória da jurisprudência brasileira no tocante à obrigatoriedade dos requisitos do art. 226 do código de processo penal brasileiro e as consequências de sua flexibilização na virada do século.

¹¹ Este ponto não passou despercebido pela doutrina brasileira, como se pode ver em Campos Barros, ao comentar que o nosso art. 226 «deixa muito a desejar frente ao Código Italiano, principalmente no que concerne às perguntas a serem feitas ao reconhecedor» (Barros, 1987b, p. 499).

lume não bastaria para relatar todos os que foram descobertos, que, por outro lado, não foram senão uma pequena parte». O autor advertia, ainda, com base em estudos empíricos, acerca da existência de diversos fatores que poderiam impactar na acurácia do reconhecimento, entre os quais a relatividade da semelhança, as condições de luminosidade, o influxo da emoção, o tempo de exposição e principalmente a sugestionabilidade do procedimento utilizado no ato de reconhecimento (p. 220-223)¹².

É de se notar, portanto, que duas ideias já estavam disponíveis ao legislador e, sobretudo, ao Poder Judiciário¹³. A primeira refere-se à percepção de que o reconhecimento de pessoas era causa de diversos erros judiciários devido à sua fragilidade probatória; a segunda, que a confiabilidade do reconhecimento dependia diretamente do procedimento/método utilizado.

Esta primeira ideia era expressa em decisões que chamavam atenção para a necessidade de se analisar os diversos fatores de erro no reconhecimento (Ap. 178.435 TA-CrimSP) e negavam até mesmo o seu caráter probatório. No último sentido, dizia-se: «[o] reconhecimento não é um meio de prova ou elemento de prova, mas, apenas, um ato instrutório informativo, destinado a assentar o pressuposto e avaliar a credibilidade de um elemento de prova» (ACrim 98.904, TJSP); «[é] o reconhecimento um ato instrutório informativo, um elemento de controle da prova, e não, em si, um decisivo meio de prova» (Ap. 50.579, TACrimSP)¹⁴.

No que diz respeito ao impacto do método empregado para realizar o reconhecimento e à importância das formalidades do art. 226, é interessante observar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na década de 1960, que dizia: «[n]ão tem valor jurídico se não obedeceu à forma do art. 226 do C.P.P. e sofreu retratação de ambas as vítimas, sem que outras provas o confirmassem»¹⁵; «[o] reconhecimento de pessoa deve obedecer à forma imperativamente imposta pelo art. 226 do código de processo penal»¹⁶.

Decisões de distintos tribunais pontuavam também a imprescindibilidade do respeito às formalidades: «[n]ulo é o reconhecimento do réu quando a autoridade policial se limita a apresentar o acusado à vítima, como tendo sido seu assaltante» (Ap. 99.101, TACrimSP); «nenhum valor terá ele como prova se não foram observadas, como cautela mínima, as determinações do art. 226 do CPP» (Rev. 120.826,

¹² Quanto à sugestionabilidade do método empregado, destacava o autor francês: «É fácil de compreender que a pergunta: 'É este o culpado?' oferece um efeito sugestivo muito mais forte que a pergunta: 'Se encontra entre estas dez pessoas o culpado? Quem é?'» (Gorphe, 2003, p. 285, tradução livre).

¹³ Além do clássico livro de Gorphe, há que se destacar o trabalho *Il riconoscimento e la ricognizione delle persone e delle cose* de Enrico Altavilla, publicado em 1934 como apêndice ao seu *La psicologia giudiziaria* (2007, p. 367-402).

¹⁴ As três decisões mencionadas são citadas em: Camargo Aranha (1987, p. 175-176).

¹⁵ HC 42.957. 2ª Turma do STF. Rel.: Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento em: 17 de maio de 1966.

¹⁶ RHC 47.465. 1ª Turma do STF. Rel.: Min. Aliomar Baleeiro. Julgamento em: 13 de novembro de 1969.

TACrim); «[n]ão tendo sido observadas essas formalidades [do art. 226, I], destituído de valor se torna esse meio de prova» (ACrim 42.381, TJSP); «[i]ndispensável, pena de precariedade da prova, observância rígida das cautelas dos arts. 226 e seguintes do CPP» (Rev. Crim. 39.322, TACrimSP)¹⁷. Nesse ponto, sobre o entendimento do Tribunal de Justiça da Guanabara, no julgamento da Revisão Criminal 5.461 em 1968, Heleno Fragoso (1982, p. 521) comentava:

As formalidades de que se cerca o reconhecimento de pessoas são, em certa medida, a própria garantia da viabilidade deste reconhecimento como prova, e a história dos erros judiciários não-lo atesta. Por outro lado, o livre convencimento na *apreciação* das provas não pode significar uma abusiva liberdade subjetiva, que alcance até mesmo a produção da prova [...]. O processo penal civilizado não se desenvolve 'a ferro e fogo', mas segundo as *formas* que o legislador estipulou como as mais aptas a gerarem um resultado isento de erros. [...] O art. 226 CPP fixa regras de observação obrigatória para o reconhecimento de pessoas ou coisas, procurando diminuir a larga margem de erro que os reconhecimentos em geral apresentam.

A importância dos requisitos previstos no art. 226 foi observada também por Camargo Aranha, para quem o reconhecimento constitui «ato eminentemente formal, requerendo para sua validade a obediência dos pressupostos exigidos pelo art. 226» (1987, p. 169)¹⁸. Por outro lado, sob o argumento da não taxatividade dos meios de prova, parte da doutrina já admitia o uso do reconhecimento em desrespeito às formalidades. Na opinião confusa de Tornaghi (1978, p. 120-121), «a inobservância da forma acarreta a inexistência desse ato», que poderia ser, contudo, um elemento de prova distinto; em suma, um ato de reconhecimento que não é prova de reconhecimento, mas outro meio de prova (?) que pode convencer o juiz. A fim de «salvar» o reconhecimento mal realizado, a doutrina também lançava mão do princípio do livre convencimento (Marques, 1961, p. 334).

Em 1994, ao julgar o Habeas Corpus 70.936, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal reafirmou (com menção expressa) sua jurisprudência, estabelecendo que a «realização sem observância do procedimento determinado imperativamente pelo art. 226 C.Pr.Pen. elide sua força probante e induz à falta de justa causa para a condenação»¹⁹.

¹⁷ Todas citadas em: Camargo Aranha (1987, p. 176-177).

¹⁸ Em defesa do que chamou de «cuidados elogiáveis» e repudiando a prática «em que o indiciado era apresentado isoladamente no meio de dois policiais [...] e, às vezes, a autoridade, apontando para o que vinha escoltado, ainda perguntava sugestivamente: —Não é este o acusado?» (Franco, 1944, p. 16-17).

¹⁹ HC 70.936. 1ª Turma do STF. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 8 de novembro de 1994. No mesmo sentido: HC 74.704. Plenário do STF. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 19 de dezembro de 1996; HC 75.331. Segunda Turma do STF. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 2 de dezembro de 1997. No início da década 1990 já era possível encontrar votos (cf. os debates no julgamento do mencionado HC 74.704) e julgados que tendiam à flexibilização do art. 226 do código de processo penal. Nesse sentido, com apoio em doutrina que compreendia se tratar apenas de recomendação legal e mencionando a função do princípio do livre convencimento pelo juiz: HC 68.819. 1ª Turma do STF. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 5 de novembro de 1991. A adesão a tal posicionamento, porém, não parecia tão forte, porque o caso envolvia suspeito que foi encontrado com

Todavia, o debate sobre a admissibilidade do reconhecimento por fotografia e sua ampla aceitação na jurisprudência²⁰ parece ter servido de impulso para, em algum grau, desvirtuar a discussão sobre a necessidade de se observar as formalidades do art. 226. De todo modo, é curioso que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de início, inclinou-se no sentido de que o valor probante do reconhecimento fotográfico dependeria da corroboração por outros elementos de prova²¹.

Nada obstante, o giro jurisprudencial mais brusco, que viria a somar-se com os debates sobre reconhecimento fotográfico, se deu com o julgamento do *Habeas Corpus* 77.576 pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, apesar da divergência do Min. Marco Aurélio, fixou-se o entendimento de que

[o] reconhecimento de pessoas, feito perante o juiz em audiência, é válido como meio de prova. Prescinde das formalidades previstas no CPP, art. 226, eis que ocorrido sob o princípio do contraditório. Ao contrário do que ocorre na fase pré-processual. No inquérito policial sim, deve ser obedecido o disposto no CPP, art. 226, com a lavratura do auto de reconhecimento²².

A partir de então consolidou-se a compreensão de que as formalidades do art. 226, sobretudo a do inc. II, consistiriam tão somente em *recomendações legais*, e não *exigências*, admitindo-se sua constante fragilização²³.

o produto e os instrumentos do crime em sua residência. Tal circunstância levou à conclusão de que o próprio reconhecimento seria desnecessário, motivo pelo qual o desrespeito às formalidades legais não conduziria a qualquer ilegalidade.

²⁰ HC 57.355. 2ª Turma do STF. Rel.: Min. Cordeiro Guerra. Julgamento em: 20 de novembro de 1979; HC 68.610. 1ª Turma do STF. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 18 de junho 1991; HC 69.203. 1ª Turma do STF. Rel.: Min. Moreira Alves. Julgamento em: 7 de abril de 1992; HC 73.688. 2ª Turma do STF. Rel.: Min. Carlos Velloso. Julgamento em: 13 de junho de 1996; REsp 143.061. 6ª Turma do STJ. Rel.: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em: 25 de novembro de 1997.

²¹ RHC 8.980. 5ª Turma do STJ. Rel.: Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgamento em: 18 de novembro de 1999; HC 22.907/SP. 5ª Turma do STJ. Rel.: Min. Felix Fischer. Julgamento em: 10 de junho de 2003. Sob o argumento de existência de outras provas incriminatórias, a regra do art. 226 do código de processo penal já havia sido flexibilizada em acórdão do STJ do início da década de 1990: REsp 1.955. 6ª Turma do STJ. Rel.: Min. José Cândido. Julgamento em: 18 de dezembro de 1990.

²² HC 77.576. 2ª Turma do STF. Rel.: Min. Nelson Jobim. Julgamento em: 2 de fevereiro de 1999. É muito interessante ler o debate entre o Min. Relator e o Min. Marco Aurélio. Destacamos o seguinte trecho, bastante elucidativo: «- O Sr. Ministro Nelson Jobim (relator): Ele foi reconhecido na audiência pelas próprias vítimas. Qual, então, a razão de se discutir o reconhecimento, pedindo os autos principais para reexaminar uma representação, um auto de queixa? - O Sr. Ministro Marco Aurélio: A problemática não é essa. *Houve uma opção político-legislativa e impôs-se formalidade para chegar-se ao reconhecimento de pessoa envolvida em procedimento glosado penalmente. Para quê? Penduricalhos?* Para serem colocadas em plano secundário, conforme diligência maior na persecução criminal, não do Estado-acusador, mas desse ou daquele juiz? - O Sr. Ministro Nelson Jobim (relator): Quer dizer que o que se fez em juízo não vale nada? O reconhecimento que se fez não vale? - O Sr. Ministro Marco Aurélio: *Não vale. O juiz não pode fechar o Código de Processo penal e decidir segundo critérios que eleja de acordo com as circunstâncias reinantes.* O nosso direito é um direito posto» (italico nosso).

²³ RHC 8.594. 5ª Turma do STJ. Rel.: Min. Felix Fischer. Julgamento em: 17 de agosto de 1999; HC 18.996. 5ª Turma do STJ. Rel.: Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em: 20 de junho de 2002; HC 41.813. 5ª Turma do STJ. Rel.: Min. Gilson Dipp. Julgamento em: 5 de maio de 2005; HC 302.302.

Sob a proteção desta jurisprudência, no limite, o reconhecimento de pessoas passou a estar à mercê da vontade das autoridades policiais e, principalmente, dos juízes. Abandonou-se os «cuidados elogiáveis», que já estavam até mesmo ultrapassados diante dos novos estudos sobre psicologia do testemunho, para se adentrar no campo das conveniências – ou melhor: da irregularidade endêmica (Matida, 2021, p. 143). O resultado conhecido foi trágico, principalmente para as camadas desfavorecidas da população. A ampla utilização dos odiosos álbuns de suspeitos em delegacias de polícia²⁴, a preferência pela técnica sugestiva de *show up*²⁵, o reconhecimento via foto em rede social e por meio do envio de imagens pelo *WhatsApp* à vítima (Matida e Ceconello, 2021) são algumas das práticas, absolutamente desaconselhadas pela ciência, que passaram a constituir a regra no processo penal brasileiro. Como dito, depois de duas décadas, o resultado tem sido dramático: diversos erros judiciais com o envio de inocentes para a prisão (provisória ou definitiva).

Diante desse (problemático) cenário, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça promoveu um novo giro jurisprudencial, em sentido oposto ao que vinha caminhando. No julgamento do já mencionado *Habeas Corpus* 598.886, entendeu-se que:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo²⁶.

Tal entendimento foi reafirmado pela 6ª Turma e, depois, acompanhado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁷. Ademais, a mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça parece já repercutir, direta ou indiretamente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁸.

5ª Turma do STJ. Rel.: Min. Gurgel de Faria. Julgamento em: 15 de setembro de 2015; EDcl no AgRg no AResp 1.238.085. 5ª Turma do STJ. Rel.: Min. Jorge Mussi. Julgamento em: 21 de março de 2019; AgRg no Ag em REsp nº 1.376.249/SP. 6ª Turma do STJ. Rel.: Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 21 de fevereiro de 2019; AgRg no AgRg no Ag em REspl nº 1.585.502/SP. 5ª Turma do STJ. Rel.: Joel Ilan Paciornik. Julgamento em: 06 de fevereiro de 2020.

²⁴ Conforme glossário apresentado em relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2022, p. 18), o álbum de suspeitos é uma «espécie de conjunto de fotos, impressas ou em arquivo digital, de pessoas consideradas *a priori* suspeitas de cometerem crimes ou com antecedentes criminais».

²⁵ Conforme o glossário mencionado acima, por *show-up* se considera o «procedimento por meio do qual um único suspeito é apresentado isoladamente para que a testemunha indique se este rosto corresponde ao autor do crime» (Instituto de Defesa do Direito de Defesa, 2022, p. 19).

²⁶ HC 598.886. 6ª Turma do STJ. Rel.: Min. Rogério Schiatti Cruz. Julgamento em: 27 de outubro de 2020.

²⁷ Veja-se a pesquisa realizada pelo Gabinete do Min. Rogerio Schiatti Cruz. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/SiteAssets/documentos/noticias/STJ%20Pesquisa%20sobre%20reconhecimento%20formal.pdf>. Consultado em 22 de fevereiro de 2022.

²⁸ RHC 176.025. 1ª Turma do STF. Rel.: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento em: 03 de março de 2021; RHC 206.846. 2ª Turma do STF. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 22 de fevereiro de 2022.

É de se observar, ainda, que, em 7 de janeiro de 2022, o 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Desembargador Marcus Henrique Basílio, publicou recomendação para que os magistrados reavaliem, com a urgência necessária, as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no artigo 226 do CPP²⁹. A recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reverbera nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Ceará e Rio de Janeiro e nos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 2ª Região³⁰.

Em março de 2022, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu mais um acórdão paradigmático no campo do reconhecimento de pessoas. Além de avançar em outros temas (p.e., revisão do entendimento de que o reconhecimento fotográfico pode funcionar como etapa preparatória do reconhecimento presencial), o Min. Rogério Schietti Cruz assinalou em seu voto que:

[...] as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado³¹.

Sem embargo do inquestionável avanço na matéria, é preciso reconhecer que a equivocada jurisprudência, que entendia o artigo 226 do código de processo penal brasileiro como mera recomendação, causou, e ainda causa, prejuízo irreparável a muitas pessoas. Por esse motivo, convém sublinhar alguns aprendizados que a trajetória do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro pode nos oferecer.

3. LIÇÕES: A IMPORTÂNCIA DA LEGALIDADE PROBATÓRIA E O PAPEL DA CIÊNCIA NA ATIVIDADE PROBATÓRIA

Testemunha dos horrores praticados na Alemanha no início do século passado, Eberhard Schmidt (1957, p. 20-21, tradução livre) abriu seu livro com um alerta:

²⁹ TJRJ. Aviso da 2ª Vice-Presidência nº 01/2022. Diário de Justiça Eletrônico, ano 14, nº 85/2022, Caderno I – Administrativo, p. 92. Data: 7 de janeiro de 2022.

³⁰ Respectivamente: Apel. Crim. 1509490-21.2020.8.26.0050. 16ª Câmara de Direito Criminal do TJSP. Rel.: Des. Marcos Alexandre Coelho Zilli. Julgamento em: 1º de junho de 2021; Apel. Crim. 0006583-22.2017.8.06.0144. 3ª Câmara Criminal do TJCE. Rel.: Min. Marlúcia de Araújo Bezerra. Julgamento em: 28 de setembro de 2021; Rev. Criminal 0069552-52.2020.8.19.0000. 4º Grupo de Câmaras Criminais do TJRJ. Rel.: Des. Suely Lopes Magalhães. Redatora designada: Des. Maria Angélica G. G. Guedes. Julgamento em: 02 de setembro de 2021; Apel. Crim. 1003989-57.2018.4.01.3700. 3ª Turma do TRF-1. Rel.: Des. Maria do Carmo Cardoso. Julgamento em: 23 de novembro de 2021; Apel. Criminal 5005606-24.2020.4.02.5110. 1ª Turma Especializada do TRF-2. Rel.: Des. Simone Schreiber. Julgamento em: 16 de fevereiro de 2022.

³¹ HC 712.781. 6ª Turma do STJ. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgamento em: 17 de março de 2022.

O fato de que o direito processual prescreva formas para o desenvolvimento da atividade da administração da justiça e exija absoluta observância destas formas, encontra seu sentido profundo e sua justificação na experiência de séculos acerca do arbítrio da autoridade e dos perigos de julgamentos desprovidos de formalidades.

Décadas mais tarde, Hassemer (2005, p. 192-193) —e não deve ser coincidência a mesma nacionalidade de ambos— destacava que, sendo o processo penal (em todas as suas fases) um evento perigoso, o sistema jurídico não poderia abandoná-lo à casualidade ou à boa vontade dos participantes, sob o risco de tornar-se um instrumento nas mãos dos indivíduos ou de grupos isolados contra os demais.

Como se vê, assim como em relação a todo o sistema de garantias (Binder, 2013, p. 113), também a exigência de respeito à legalidade probatória consiste em ferramenta concreta de defesa da liberdade, construída historicamente para reparar prejuízos que o abuso de poder penal causou e continua a causar. Não se trata de formalismo vazio, de declaração solene de professores ou de particular concepção filosófica, mas de garantia fundada no temor justificado, ao longo dos últimos séculos, ao abuso do poder penal do Estado³².

Conforme abordado acima, a aposta dos tribunais superiores brasileiros (no que se refere ao reconhecimento de pessoas) caminhou no sentido inverso: a confiança na superioridade moral do juiz em detrimento da legalidade probatória³³. Apostou-se na capacidade de o juiz, ao formar livremente seu convencimento em cada caso, «separar o joio do trigo» e, desse modo, chegar à decisão mais justa.

Porém, o número de *habeas corpus* que chegaram no Superior Tribunal de Justiça em pouco tempo desde a virada jurisprudencial no final de 2020 e levaram à absolvição/liberdade de diversas pessoas revela que o controle dos juízes (e dos tribunais de justiça) é, em bom número de casos, ilusório. Não é possível ignorar, por exemplo, a confiança que juízes, em geral, atribuem aos atos praticados por agentes policiais, pensando ilegalidades com confiança na suposta fé pública destes.

Além da aposta na superioridade moral dos juízes, ao longo da consolidação do entendimento de que o art. 226 do código de processo penal consistiria apenas em recomendação legal, é fácil perceber uma certa confusão entre a não taxatividade

³² Como refere Aury Lopes Jr. (2017, p. 72): «no processo penal, forma é garantia e limite do poder». Ver, ainda, a profícua visão de Ennio Amodio (2003, p. 123-124), para quem a teoria romântica da prova moral fez nascer um fenômeno degenerativo que tornou possível, numa cultura inquisitória, o uso da liberdade de convencimento como instrumento para justificar a superação de qualquer limite na admissão e produção da prova.

³³ É inevitável relacionar este entendimento às concepções instrumentalistas do processo. Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 165, *italico* nosso), seu mais famoso representante no país, argumenta: «O 'prejuízo', sem o qual nulidade alguma se pronuncia, é apenas o dano causado aos objetivos da participação contraditória; onde o procedimento ficar maculado mas ileso saia a garantia de participação, cerceamento algum houve à 'defesa' da parte. *Cabe ao juiz até, ao contrário, amoldar os procedimentos segundo as conveniências do caso*».

dos meios de prova (isto é, a aceitação das provas atípicas) e a produção da prova em desconformidade com o modelo legal (prova irritual) (Vieira, 2021, p. 157-160).

Neste ponto, é interessante reter a opinião de Giulio Ubertis, para quem a disciplina probatória é o resultado de opções normativas que encontram sua justificação em duas ordens de motivo que interagem entre si e são distinguíveis apenas para fins analíticos. Destaca o processualista italiano a existência de fundamentos *epistêmicos* e *políticos*, prevalecendo ora a exigência de determinar explicitamente um método para guiar a atividade probatória, ora a necessidade de salvaguardar determinados direitos (2017, p. 107).

No caso do art. 226 do código de processo penal, sem embargo de sua atual desatualização, as formalidades previstas, evidentemente, gozam de fundamento epistêmico, como os debates do início do século passado já informavam. Ademais, pouco esforço é necessário para perceber que a fundamentação dos tribunais para sua flexibilização nunca foi epistêmica, a fim de melhorar a qualidade da prova; ao contrário, o discurso baseou-se, em regra, numa suposta eficiência, que se sabe hoje ser incapaz de aumentar a qualidade da apuração dos fatos.

Mesmo a doutrina mais apegada à noção de *instrumentalidade das formas* assevera que o comprometimento da correção da sentença (= apuração da verdade) implicaria prejuízo, requisito necessário à decretação da nulidade do ato processual (Grinover *et al.*, 2000, p. 27). Parece claro que, assim o sendo, a utilização de um meio de prova inerentemente pouco confiável, quando realizado em violação ao modelo legal, sob condições desfavoráveis e utilizando metodologia desaconselhada pela ciência, conduziria a um prejuízo a quem é reconhecido (e, claro, ao próprio sistema de justiça criminal). Curiosamente, na mesma toada da jurisprudência dos tribunais superiores, apesar de reconhecer a precariedade da prova quando desprezadas as formalidades, esta doutrina aposta na capacidade dos juízes no caso individual: «perderá bastante de seu vigor como prova, não se cuidando, contudo, de nulidade. O juiz poderá levar em conta o ato, dando-lhe a consideração que julgar adequada em face da falha ocorrida e no confronto com as demais provas produzidas» (Grinover *et al.*, 2000, p. 164).

Ao tratar especificamente da relação entre reconhecimento de pessoas e erros judiciais no Chile, Duce (2020) tece comentários que coincidem em boa medida com o que ora se argumenta. O professor chileno, após diagnosticar a situação problemática em seu país, busca razões que expliquem a situação, observando o seguinte (p. 387, tradução livre):

A primeira [razão] é que parece existir uma concepção dominante que os potenciais problemas que poderiam ter essas provas são um tema de «valoração» da prova em juízo e não de admissibilidade segundo pude constatar em minha investigação (DUCE, 2017b, p. 345-348). Trata-se de uma ideia muito própria da cultura probatória da qual se nutre nossa tradição jurídica que tradicionalmente depositou uma fé importante na capacidade dos juízes profissionais de resolver estes problemas sem afetar sua capacidade de decisão nos casos. O problema desta visão é que hoje sabemos que os juízes profissionais estão expostos de igual maneira a cometer erros e também

têm alguns problemas importantes ao avaliar estas provas. Isso sem contar a existência de diversos vieses cognitivos que provêm mais de como todos os seres humanos funcionam, mesmo aqueles que desenvolvem profissões específicas.

Com efeito, esta confiança na superioridade moral (e cognitiva) dos juízes ignora que, de modo geral, o direito é uma prática excludente, e isso também se refere à atividade probatória. Como destaca Schauer (2016), o sistema jurídico retira de apreciação fatores e razões que um decisor ideal e livre de restrições tomaria como relevante. Faz isso, por vezes, para alcançar os objetivos de confiança, previsibilidade e estabilidade, mas também com o condão de limitar a discricionariedade de um conjunto altamente diverso de decisores e alcançar a separação de papéis de modo que os decisores somente decidam questões dentro dos limites da sua autoridade legítima. Regras probatórias nem sempre são feitas para decisores ideais que atuam em condições ideais, mas, como todas as regras reais, são parte da teoria do segundo-melhor. Sublinha o Professor da Universidade da Virgínia, em lição que merece ser referida (Schauer, 2016, p. 333):

Em outras palavras, elas não são as regras da Epistemologia individual, mas da social. Regras excludentes podem ou não ser boas regras da Epistemologia social. Mas, uma lição que a Epistemologia em geral e, particularmente, a Epistemologia social pode aprender com o sistema jurídico é que as regras excludentes que parecem produzir resultados ruins em ocasiões individuais podem ainda, tal como as regras jurídicas em geral, ser aquelas que no decorrer do tempo, e para uma determinada população, produzam o maior número ou a maior porcentagem de boas decisões e o menor número ou menor porcentagem de decisões ruins.

Certamente, juízes prudentes, preocupados com o erro judiciário e estudiosos da psicologia do testemunho poderiam, diante de meras recomendações legais, até mesmo aperfeiçoar o procedimento do art. 226 do código de processo penal em sua prática. Essa, contudo, é uma aposta na epistemologia individual que desconsidera alguns aspectos importantes.

O primeiro diz respeito à mediação organizacional, porquanto a realidade do sistema penal é a das grandes organizações que, contando com milhares de pessoas, precisam dar conta de milhares de casos. Juízes, advogados, promotores de justiça, defensores públicos etc. estão imersos em grandes organizações, boas ou ruins, antigas ou modernas, eficientes ou ineficientes, mas que com seus modos, práticas, valores e culturas têm grande influência individual (Binder, 2013, p. 164-165; Marrero, 2015, p. 30-31).

O segundo aspecto relaciona-se ao fato de que o direito penal liberal se funda na busca por construir limites à atividade jurisdicional, para evitar a arbitrariedade e enfrentar o medo de condenar um inocente. Portanto, um sistema de garantias nunca pode fundar-se na maior capacidade pessoal do juiz, seja ela moral, cognitiva ou uma mistura de ambas (Binder, 2021, p. 74-75). Nós não devemos confiar em bons juízes, senão no conjunto de regras limitadoras que são construídas ao longo da história, que às vezes nos distanciam da justiça do caso, mas nos oferecem maior segurança coletiva, pois devem ser respeitadas por bons e maus juízes, independentemente do seu senso de justiça (Binder, 2021, p. 88).

Não se quer dizer, com o que se expõe, que juízes não devam ser educados em psicologia do testemunho. Pelo contrário, é fundamental que juízes sejam minimamente versados no tema, ainda mais no caso brasileiro, diante da desatualização do art. 226 do código de processo penal. A uma, porque a adequada conduta do juiz durante a produção da prova (informar que o autor do crime pode não estar presente entre os rostos apresentados; evitar dar *feedback* positivo para o reconhecedor, entre outras) contribuirá para a melhor qualidade da prova, sem qualquer violação ao modelo legal. A duas, porque lhes permitirá com maior segurança fazer o controle do ato de reconhecimento realizado durante a investigação preliminar. A três, porque uma correta valoração probatória dependerá do conhecimento sobre os fatores que podem influenciar a acurácia do reconhecimento.

Ademais, a aplicação pelos juízes de critérios seguros para controle e valoração do reconhecimento de pessoas, a nosso ver, poderá servir de estímulo ao legislador para que atualize o modelo legal desse meio de prova, conformando-o em consonância com as melhores práticas descritas pela ciência.

Essa, aliás, é a segunda lição que a trajetória do reconhecimento de pessoas pode oferecer ao processo penal brasileiro. O tema da prova judicial é jurídico, mas envolve também questões ligadas à teoria do conhecimento, à lógica, à psicologia e outras ciências (Gomes Filho, 2005, p. 304; Taruffo, 2011, p. 22; Ramos, 2018, p. 21-22)³⁴. Se confiar tão somente na superioridade moral e cognitiva dos juízes não parece ser uma boa opção, é fundamental que o legislador, ao dar conta de cada meio de prova, opte por um desenho institucional adequado aos avanços científicos de cada área, com respeito aos direitos e garantias fundamentais das pessoas envolvidas.

É imprescindível que a comunidade jurídica fomente o debate sobre a necessidade de se adequar a legislação aos achados científicos e apoie a construção de um correto desenho institucional, evitando-se discursos demagógicos que servem apenas à conservação de erros judiciários³⁵⁻³⁶. Esta contribuição ganha relevo considerando, sobretudo, que no momento está em discussão no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei 8.045/2010 sobre o novo código de processo penal.

Com efeito, a psicologia do testemunho, como ramo da ciência psicológica³⁷, dispõe hoje de um seguro arsenal metodológico para prática e análise da credibilidade

³⁴ É famosa a frase de Susan Haack (2014, p. 28, tradução livre): «o direito está imerso até o pescoço na epistemologia».

³⁵ Como exemplo positivo, a contribuição feita por vários especialistas no que se refere ao próprio reconhecimento de pessoas e à cadeia de custódia das provas digitais, que deram ensejo, respectivamente, aos Projetos de Lei 676/2021 (já aprovado pelo Senador Federal nos termos do substitutivo de autoria do Senador Alessandro Vieira) e 4.291/2020 (proposto pela Deputada Margarete Coelho).

³⁶ Aqui, além das instituições mencionadas na introdução, é preciso destacar a participação da Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, que vêm contribuindo decisivamente com estes debates.

³⁷ Segundo Mazzoni (2019, p. 18, tradução livre), a psicologia do testemunho consiste em uma disciplina que «representa a aplicação da investigação psicológica ao âmbito do testemunho e, relativa-

do reconhecimento de pessoas que não pode ser ignorado em qualquer reforma legislativa. Embora sujeita a constantes atualizações, a psicologia do testemunho conta com fortes consensos e oferece-nos uma «sistematização das técnicas que podem favorecer uma maior qualidade do testemunho prestado por uma testemunha» (Diges, 2018, p. 70, tradução livre).

O conhecimento acumulado sobre as chamadas «variáveis do sistema»³⁸ – isto é, aqueles fatores que estão sob o controle do sistema de justiça e influem na qualidade do reconhecimento – é bastante amplo. Sabe-se, por exemplo, que as perguntas feitas à testemunha para que ela descreva o suspeito podem interferir em sua memória, daí a necessidade de que se evite perguntas fechadas, optando-se pelo relato livre e, quando preciso, pelas perguntas abertas (Poole e Lindsay, 1995; Demarchi e Py, 2009; Cecconello e Stein, 2020, p. 176; Wells *et al.*, 2020, p. 9-10). São também conhecidos os efeitos das instruções prévias dadas à pessoa chamada a realizar o reconhecimento, com recomendação de que não lhe sejam fornecidas informações não ditas, bem como seja informada de que a autoridade responsável pelo ato não sabe quem é o suspeito, que o culpado pode não estar entre as pessoas as quais compõem o alinhamento, que é possível responder «não sei» e que a investigação continuará ainda que ela não identifique alguém (Wells *et al.*, 2020, p. 20). A adoção do procedimento duplo-cego – quando o responsável por conduzir o reconhecimento não sabe quem é o suspeito nem qual sua posição no alinhamento – também é recomendada a fim de evitar informações ou comportamentos sugestivos, ainda que inconscientes (Cecconello e Stein, 2020, p. 181; Valentine e Fitzgerald, 2016, p. 136-137).

A psicologia do testemunho destaca também a importância do método utilizado, desaconselhado o uso de técnicas como *show-up* ou álbum de suspeitos e recomendando a utilização do alinhamento de pessoas (*line-up*)³⁹ (Clark e Godfrey, 2009;

mente à investigação psicológica mais geral, examina em particular os seguintes pontos: – os processos perceptivos, atencionais e de memória que formam parte da codificação de um evento também carregado de emoção; – os processos perceptivos e de memória que intervêm na identificação do culpado, e da idoneidade dos procedimentos adotados para este fim; – a mentira intencional: as capacidades da pessoa que mente e a identificação da mentira; – os processos de tomada de decisões implicados no momento de estabelecer a credibilidade de um testemunho e a culpabilidade de um indivíduo; – o efeito dos interrogatórios (entrevistas de “investigação”) sobre a recordação e sobre a declaração; – a sugestionabilidade e outras características individuais e seu papel na recordação e no testemunho; – o exame da veracidade do testemunho; – as questões relativas à valoração da capacidade para testemunhar e da credibilidade da declaração da testemunha».

³⁸ Em 1978, Wells propôs a distinção entre *system variables* (variáveis do sistema) e *estimator variables* (variáveis a estimar ou de estimação), nomenclatura adotada com relativo consenso pelos especialistas (Wells, 1978; Diges e Pérez-Mata, 2014; Manzanero, 2018; Cecconello e Stein, 2020; Cecconello *et al.*, 2022).

³⁹ Valemo-nos novamente do glossário do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2022, p. 18), que descreve o alinhamento como «procedimento no qual o suspeito é apresentado em meio a outros rostos/pessoas. A principal diferença entre um alinhamento justo e o álbum de suspeitos é o controle. No alinhamento é apresentado somente um suspeito, sendo os demais rostos sabidamente inocentes (i.e., *fillers*). Em um alinhamento justo, os *fillers* são selecionados com base na descrição do autor do crime ou na semelhança com o suspeito, de modo que nenhum dos rostos se sobressaia dentre os demais».

Clark, 2012; Ceconello e Stein, 2020, p. 177; Wells *et al.*, 2020, p. 26-27; Ceconello *et al.*, 2022, p. 182-183; Marmelstein, 2022, p. 170-174). Evidente que a formação justa do alinhamento, a fim de evitar alinhamentos tendenciosos, é bastante relevante. Recomenda-se, assim, que a escolha dos não-suspeitos (*fillers*) obedeça a dois princípios: nenhum rosto deve se sobressair em relação aos demais; os não-suspeitos devem atender às descrições oferecidas por quem realizará o reconhecimento da mesma forma que o suspeito (Ceconello e Stein, 2020, p. 180; Wells *et al.*, 2020, p. 18; Ceconello *et al.*, 2022). Além da recomendação de que cada alinhamento conte com apenas um suspeito (Wells *et al.*, 2020, p. 19), outro fator relevante é o tamanho do alinhamento; a literatura especializada recomenda que o alinhamento seja composto por mais de quatro pessoas e idealmente por seis pessoas (suspeito + cinco *fillers*) (Juncu e Fitzgerald, 2021; Wells *et al.*, 2020, p. 19; Diges, 2018, p. 77)⁴⁰.

Ainda no campo das «variáveis do sistema», convém mencionar a irrepetibilidade do reconhecimento de pessoas (caráter cognitivo de irrepetibilidade). A ideia básica é que o ato de reconhecer um rosto pode alterar a memória original; portanto, se a vítima identifica o suspeito, esse rosto torna-se atrelado à memória que ela possui do evento (Ceconello *et al.*, 2018, p. 1063). Por isso se diz que um correto reconhecimento realizado em juízo não anula os efeitos deletérios do reconhecimento prévio feito incorreta e anteriormente em sede policial (Matida e Ceconello, 2021, p. 417-418).

Esses são exemplos de orientações baseadas em evidências e sujeitas a amplas discussões entre cientistas da área. Ignorar —ou, o que é pior, desdenhar— esse *stock* de conhecimento é, no limite, transigir com o erro judiciário. Levar o erro judiciário a sério é levar a ciência a sério ao desenhar o modelo legal de produção dos meios de prova. Como dito, qualquer reforma legislativa do diploma processual deve considerar o conhecimento científico disponível sobre o tema.

Acima defendeu-se que a aposta na capacidade moral e cognitiva dos juízes como compensação às ilegalidades probatórias não é um bom caminho a ser seguido para evitar erros judiciais. Contudo, como também se observou, uma correta valoração probatória depende do conhecimento sobre os fatores que podem influenciar a acurácia do reconhecimento. A importância de se atentar ao conhecimento científico sobre cada meio de prova, portanto, não se resume à confecção do respectivo desenho normativo.

Conforme Taruffo (2014, p. 137) assevera, «a valoração da prova consiste em determinar o valor probatório de cada elemento de prova em relação a um fato especí-

⁴⁰ Não se ignora que a realização de um alinhamento presencial justo pode ser uma tarefa complexa, custosa e até inviável em determinadas situações. Não à toa, os especialistas vêm se dedicando a estudar os efeitos do alinhamento fotográfico, a fim de facilitar a sua realização. Citando o já mencionado trabalho de Valentine e Fitzgerald, Ceconello e Stein (2020, p. 180) argumentam: «o reconhecimento através de fotografias tem se mostrado tão eficaz quanto o reconhecimento feito presencialmente, além de possibilitar padronizar características do suspeito e não-suspeitos como vestimentas e ou características distintas como uma cicatriz (Valentine, & Fitzgerald, 2016)». Sobre o tema, com indicação de bibliografia e contribuições: Matida e Ceconello (2021, p. 425-431).

fico» e o primeiro passo para se estabelecer a conexão entre provas e fatos consiste em se averiguar a credibilidade de cada um desses elementos. A pergunta crucial acerca da credibilidade de um elemento de prova é a seguinte: «em que medida podemos crer no que diz esta prova?». Relativamente às provas dependentes da memória, essa pergunta levanta questões sobre objetividade e sensibilidade observacional (Anderson *et al.*, 2015, p. 98-103), as quais dependem de conhecimentos sobre psicologia do testemunho para serem respondidas⁴¹.

A correta e racional atribuição de credibilidade ao reconhecimento de pessoas, por sua vez, dependerá tanto do procedimento utilizado («variáveis do sistema») quanto das «variáveis de estimação», que costumam ser divididas entre as que se referem ao evento e as que se referem à pessoa que presenciou o evento. Fatores que influenciam a credibilidade de um reconhecimento, como, por exemplo, condições perceptivas (de distância e iluminação), duração do evento, existência de detalhes impactantes, utilização de arma de fogo (*weapon focus effect*), número de criminosos, patologias, efeito de outra raça (*cross race effect*), entre outros (com indicação de ampla bibliografia: Cecconello e Stein, 2020; Manzanero, 2018, p. 147-167; Diges e Pérez-Mata, 2014), devem ser considerados na valoração da prova a partir sempre dos conhecimentos ofertados pela psicologia do testemunho.

Houvesse o sistema de justiça criminal brasileiro apostado não na superioridade moral e cognitiva dos juízes, mas nos conhecimentos científicos entregues pela psicologia do testemunho, parece-nos que o cenário seria bastante distinto do que se viu nas últimas décadas no processo penal brasileiro; é muito provável que diversos erros judiciários tivessem sido evitados.

Essas são algumas das lições que a experiência do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro pode nos dar no campo da prova judicial e, no limite, em matéria de erro judiciário. A mudança na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros foi um primeiro passo fundamental, mas há muito ainda para se avançar.

Os desafios enfrentados no Brasil, apesar de suas peculiaridades, podem ser verificados em outros países, de modo que observar as experiências de outros sistemas de justiça criminal é também uma tarefa importante para aprender com os seus acertos e equívocos, não apenas no que se refere ao uso equivocado do reconhecimento de pessoas, mas também no tocante às estratégias para reverter erros judiciários, reformar a legislação e alterar a prática dos atores do sistema de justiça⁴².

⁴¹ A problemática fica clara em exemplo dado por Gascón Abellán (2022, p. 29), com sua peculiar didática: «Rigorosamente analisada, a declaração da testemunha Ta: “vi A atirar em B e este último cair morto” [...] não prova *por sí só* (direta e espontaneamente, sem necessidade de raciocínio) o fato que se pretende provar (que A matou B). A única coisa que esta declaração prova por si só é que “a testemunha Ta afirma que viu A atirar em B e este último cair morto”. A declaração de Ta provará que “A matou B” apenas se Ta estiver dizendo a verdade (ou seja, se não estiver mentindo, nem sofreu um erro de percepção ou muito menos sofre agora de erros de memória».

⁴² Além da experiência dos EUA, cuja bibliografia é vasta, convém destacar a experiência chilena (Cfr: Duce, 2017), bem como, no plano normativo, o *Code of Practice for the identification of persons*

Felizmente, o tema do reconhecimento de pessoas e dos erros judiciais decorrentes de falsos reconhecimentos está no centro das atenções no Brasil. Cada vez mais surgem estudos sobre o tema, dados são produzidos e atores do sistema de justiça se sensibilizam com o assunto. As lições extraídas aqui, contudo, não devem ficar limitadas a esse meio de prova. É de suma importância que se reflita sobre as provas periciais, documentais e, sobretudo, digitais a partir das mesmas lições. Pensar esses meios de prova considerando a experiência desastrosa do reconhecimento de pessoas e as apostas equivocadas do sistema de justiça criminal brasileiro contribuirá não apenas para desfazer injustiças, mas principalmente evitá-las⁴³.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Doutrina e jurisprudência brasileiras nem sempre deram a devida atenção ao tema do erro judiciário no processo penal. As recentes discussões sobre o reconhecimento de pessoas, e sua contribuição (negativa) para condenação/prisão de inocentes, vêm mudando esse cenário.

Ao observar a trajetória do reconhecimento de pessoas na jurisprudência, foi possível notar como as regras e requisitos do art. 226 do código de processo penal passaram de formalidades essenciais a meras recomendações legais. Essa última orientação foi influenciada por duas ideias claras: a confiança na superioridade moral e cognitiva dos juízes e a confusão entre prova atípica e prova irritual.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça retomou o entendimento de que as formalidades do art. 226 do código de processo penal são garantias (epistemológicas) mínimas para uma correta averiguação dos enunciados fáticos em disputa nos processos criminais. Este novo giro jurisprudencial já tem ecoado em outros tribunais do Brasil, felizmente.

Com efeito, a experiência do reconhecimento de pessoas em nosso país pode oferecer lições preciosas à discussão ampla dos erros judiciais no processo penal.

A primeira lição ora investigada diz respeito à importância da legalidade probatória, que, longe de consistir em formalismo vazio, consiste em garantia para o imputado tanto quanto para um sistema de justiça criminal preocupado em evitar a condenação de inocentes. A aposta na superioridade moral e cognitiva dos juízes como remédio para as ilegalidades no âmbito da prova é equivocada, na medida em que *i*) desconsidera a natureza excludente do direito; *ii*) ignora o papel da mediação

by Police Officers do Reino Unido, o *Evidence Act 2006* da Nova Zelândia (arts. 45-46-A) e o *Codice di procedura penale* da Itália (arts. 213-217). Um bom panorama da situação na Espanha pode ser visto em: Obach Martínez; García Martínez (2014). Para uma análise comparativa entre vários países, é fundamental conferir: Fitzgerald *et al.* (2021).

⁴³ Relativamente às provas periciais, ver, por todos: Vázquez (2015); Garrett (2021); Lourenço e Silva (2021); Gennari (2021). Sobre as provas digitais, ver: Badaró (2021); Cardona Pérez (2020); Polansky (2020); Prado (2022); Costabile (2021). Quanto à prova documental: Ramos (2021).

organizacional no processo penal; e *iii*) esquece que um sistema de garantias nunca pode fundar-se na maior capacidade pessoal do juiz, mas deve, sim, estar alicerçado na imposição de limites à atividade jurisdicional para evitar a arbitrariedade.

A segunda lição relaciona-se com a necessidade de os debates legislativos, jurisprudenciais e doutrinários sobre os meios de prova se pautarem nos avanços científicos vinculados a cada matéria. Essa é uma lição importante que deveria ser levada em conta por todos os envolvidos no sistema de justiça criminal; no Brasil, sobretudo enquanto se discute no Congresso Nacional a reforma do código de processo penal.

É preciso levar o erro judiciário a sério, e isto implica tentar ao máximo evitá-lo (ainda mais no que se refere à condenação/prisão de inocentes). Como afirmara Beccaria em relação aos crimes, mais vale prevenir o erro judiciário que remediá-lo. Esse deve ser mesmo um dos principais objetivos de qualquer bom sistema de justiça criminal.

REFERÊNCIAS

- Altavilla, E. (2007). *Psicologia judiciária* (Vol. I: O processo psicológico e a verdade judicial, trad. da 4ª ed. italiana de 1955 de F. Miranda). Almedina.
- Amodio, E. (2003). La rinascita del diritto delle prove penali. Dalla teoria romantica della intime conviction al recupero della legalità probatoria. In *Processo penale diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo* (pp. 121-130). Giuffrè Editore.
- Anderson, T., Schum, D. e Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba* (trad. coord. por F. Carbonell e C. Agüero). Marcial Pons.
- Badaró, G. (2021). Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, 29(343), 7-9.
- Barros, R. P. C. (1987). O «erro judiciário» no processo penal cautelar. In J. I. B. Mesquita, A. P. Grinover e C. R. Dinamarco (Coord.), *Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida* (pp. 223-248). Editora RT.
- Barros, R. P. C. (1987b). *Sistema do Processo Penal Brasileiro* (Vol. I). Forense.
- Benforado, A. (2015). *Unfair: The New Science of Criminal Injustice*. Broadway Books.
- Binder, A. M. (2013). *Derecho Procesal Penal* (Tomo I). Ad-Hoc.
- Binder, A. M. (2021). *Derecho Procesal Penal* (Tomo V). Ad-Hoc.
- Camargo Aranha, A. J. Q. T. (1987). *Da Prova no Processo Penal* (2ª ed.). Saraiva.
- Cardona Pérez, J. D. (2020). *La valoración de la prueba o evidencia digital en los procesos judiciales. Una transición en lo procesal, del entorno físico al entorno digital. Aspectos técnico-jurídicos*. Grupo Editorial Ibañez.
- Cecconello, W., Ávila, G. N. e Stein, L. M. (2018). A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(2), 1057-1073.
- Cecconello, W., Fitzgerald, R. J., Milne, R. e Stein, L. M. (2022). Capacitar profissionais, proteger provas, evitar injustiças: treinamento de reconhecimento de pessoas para a polícia civil. In Conselho Nacional de Justiça, *Coletânea Reflexões sobre o reconhecimento de pessoas: caminhos para o aprimoramento do sistema de justiça criminal* (p. 33-49). CNJ. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/coletanea-reconhecimento-de-pessoas-v6-2022-12-06.pdf>
- Cecconello, W., Fitzgerald, R. J. e Stein, L. M. (2022). Efeitos do Alinhamento Justo e Similaridade de Rostos no Reconhecimento de Pessoas. *Psico-USF*, 27(1), 181-191.

- Cecconello, W. e Stein, L. M. (2020). Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172–188.
- Clark, S. E. (2012). Costs and Benefits of Eyewitness Identification Reform: Psychological Science and Public Policy. *Perspectives on Psychological Science*, 7(3), 238-259.
- Clark, S. E. e Godfrey, R. D. (2009). Eyewitness Identification Evidence and Innocence Risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, 16(1), 22-42.
- Conselho Nacional de Justiça (2022). *Grupo de Trabalho «Reconhecimento de Pessoas»*. CNJ. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf>
- Costabile, G. (2021). Digital forensics & digital investigation: classificazione, tecniche e linee guida nazionali ed internazionali. In S. Aterno, F. Cajani, G. Costabile, D. Curtotti, *Cyber forensics e indagini digitali: manuale tecnico-giuridico e casi pratici* (pp. 1-31). G. Giappichelli.
- Demarchi, S. e Py, J. (2009). A Method to Enhance Person Description: A Field Study. In R. Bull, T. Valentine e T. Williamson (Eds.), *Handbook of Psychology of Investigative Interviewing: Current Developments and Future Directions* (pp. 241-256). Wiley-Blackwell.
- Diges, M. (2018). *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos. Estudios de psicología forense* (1ª reimp.). Trotta.
- Diges, M. e Pérez-Mata, N. (2014). La prueba de identificación desde la psicología del testimonio. In M. Diges, M. C. García, M. Miranda, J. Nieva, J. Obach e N. Pérez-Mata (Eds.), *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio* (pp. 33-85). Marcial Pons.
- Dinamarco, C. R. (2003). *A instrumentalidade do processo* (11ª ed.). Malheiros.
- Duce, M. (2017). Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora. *Polít. Crim.*, 23(12), 291-379.
- Duce, M. (2020). Prácticas probatorias y riesgos de condenas erróneas: una visión empírica. In J. Ferrer Beltrán e C. Vázquez (Eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial: un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 347-395). Marcial Pons.
- Duce, M. (2022). La corrección de condenas erróneas em el ámbito comparado: análisis de algunos ejemplos para alimentar el debate en Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 8(1), 313-364.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2ª ed.). Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Fitzgerald, R. J., Rubínová, E. e Juncu, S. (2021). Eyewitness Identification Around the World. In A. M. Smith, M. P. Tolia e J. M. Lampinen (Eds.), *Methods, Measures, and Theories in Eyewitness Identification tasks* (pp. 294-322). Routledge.
- Fragoso, F. (1982). *Jurisprudência Criminal* (4ª ed.). Forense.
- Franceschini, J. L. V. A. (1969). Da restauração e eficácia de alguns princípios da revisão criminal. *Revista dos Tribunais*, 402, 15-28.
- Franco, A. (1944). *Código de Processo Penal* (Vol. I, 2ª ed.). Livraria Jacinto Editora.
- Garrett, B. L. (2012). *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*. Harvard University Press.
- Garrett, B. L. (2021). *Autopsy of a Crime Lab. Exposing the Flaws in Forensics*. University California Press.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (3ª ed.). Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2022). *O problema de provar* (trad. de L. Moscatelli e C. Badaró Massena). Marcial Pons.
- Gennari, G. (2021). Errore giudiziario e prova scientifica. In L. L. Donati (a cura di), *L'errore giudiziario* (pp. 227-258). Giuffrè Francis Lefebvre.
- Gloeckner, R. J. (2018). *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. Tirant lo blanch.

- Gomes Filho, A. M. (2005). Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In F. L. Yarschel e M. Zanoide de Moraes (Orgs.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (pp. 303-318). DPJ Editora.
- Gorphe, F. (2003). *La crítica del testimonio* (trad. da 2ª ed. francesa de M. Ruiz-Funes, 6ª ed., 2ª reimp.). Reus.
- Grinover, A. P., Fernandes, A. S. e Gomes Filho, A. M. (2000). *As nulidades no processo penal* (6ª ed, 4ª tir.). Editora RT.
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*. Cambridge University Press.
- Hassemer, W. (2005). *Introdução aos fundamentos do Direito Penal* (trad. da 2ª ed. alemã de Pablo Rodrigo Alflen da Silva). Sergio Antonio Fabris Editor.
- Innocence Project (2020). *How Eyewitness Misidentification Can Send Innocent People to Prison*. <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>
- Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2022). *Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça* (2ª ed.). IDDD. <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/04/idd-reconhecimento-de-pessoas-e-prova-testemunhal-orientacoes-para-o-sistema-de-justica.pdf>
- Juncu, S. e Fitzgerald, R. J. (2021). A Meta-analysis of Lineup Size Effects on Eyewitness Identification. *Psychology, Public Policy, and Law*, 27, 295-315.
- Lopes Jr., A. (2017). *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica* (3ª ed.). Saraiva.
- Lourenço, A. A. e Silva, E. S. C. (2021). Considerações sobre as condenações injustas fundamentadas em provas periciais: análise do Innocence Project, do National Registry of Exoneration e mecanismos para redução de erros periciais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 567-607.
- Malan, D. R. (2015). Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual penal brasileira (1937-1941). In. G. Prado e D. Malan (Orgs.), *Autoritarismo e processo penal brasileiro* (pp. 1-85). Lumen Juris.
- Manzanero, A. L. (2018). *Memoria de testigos: obtención y valoración de a prueba testifical*. Pirámide.
- Marmelstein, G. (2022). *Testemunhando a injustiça*. Juspodivm.
- Marques, J. F. (1961). *Elementos de Direito Processual Penal* (Vol. II). Forense.
- Marques, J. F. (1965). Revisão Criminal. *Revista dos Tribunais*, 357, 523-524.
- Marrero, D. (2015). Lineamientos generales para una epistemología jurídica. In A. Páez (Coord.), *Hechos, evidencia y estándares de prueba. Ensayos de epistemología jurídica* (pp. 15-35). Universidad de los Andes.
- Matida, J. (2021). Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do *standard* probatório penal. In G. Madeira, G. Badaró e R. S. Cruz (Coords.), *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência* (Vol. II, p. 141-155). Editora RT.
- Matida, J. e Ceconello, W. (2021). Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(1), 409-440.
- Mazzoni, G. (2010). *¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria* (trad. de J. M. Revuelta). Editorial Trotta.
- Mazzoni, G. (2019). *Psicología del testimonio* (trad. de Amparo Moreno). Trotta.
- Mossin, H. A. (1997). *Revisão criminal no direito brasileiro* (2ª ed.). Atlas.
- Nance, D. A. (2018). *The Burdens of Proof: Discriminatory Power, Weight of Evidence and Tenacity of Belief*. Cambridge University Press.
- Norris, R. J., Bonventre, C. L. e Acker, J. R. (2018). *When Justice Fails: Causes and Consequences of Wrongful Convictions*. Carolina Academic Press.
- Obach Martínez, J. e García Martínez, M. C. (2014). Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad. In M. Diges, M. C. García, M. Miranda, J. Nieva, J. Obach e N. Pérez (Eds.), *Identificaciones fotográficas y en rueda de reconocimiento: un análisis desde el Derecho procesal penal y la psicología del testimonio* (pp. 87-115). Marcial Pons.
- Oliveira, J. M. (1967). *Revisão Criminal*. Sugestões Literárias.
- Polansky, J. (2020). *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Hammurabi.

- Poole, D. A. e Lindsay, D. S. (1995). Interviewing Preschoolers: Effects of Nonsuggestive Techniques, Parental Coaching, and Leading Questions on Reports of Nonexperienced Events. *Journal of Experimental Child Psychology*, 60(1), 129-154.
- Prado, G. (2022). Breves notas sobre el fundamento constitucional de la cadena de custodia de la prueba digital. *Jueces para la democracia*, 103, 100-109.
- Ramos, V. P. (2018). *Prova Testemunhal. Do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia*. Editora RT.
- Ramos, V. P. (2021). *Prova Documental. Do documento aos documentos. Do suporte à informação*. Juspodivm.
- Sancinetti, M. A. (2013). Testimonio único y principio de la duda. *InDret – Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-22.
- Schauer, F. (2016). Em defesa do direito probatório fundado em regras – e da epistemologia também (trad. de L. Miotto). *Teoria Jurídica Contemporânea*, 1(2), 319-335.
- Schmidt, E. (1957). *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal: comentario doctrinario de la ordenanza procesal penal y da ley orgánica de los tribunales* (trad. de J. M. Nuñez). Editorial Bibliografía Argentina.
- Simon, D. (2012). *In Doubt. The Psychology of the Criminal Justice Process*. Harvard University Press.
- Stein, L. M. e Ávila, G. N. (2015). *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça.
- Taruffo, M. (2011). *La prueba de los hechos* (trad. de J. Ferrer Beltrán). Trotta.
- Taruffo, M. (2014). *A prova* (trad. de J. G. Couto). Marcial Pons.
- Tornaghi, H. (1978). *Instituições de processo penal* (Vol. IV, 2ª ed.). Saraiva.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica* (2ª ed.). G. Giappichelli Editore.
- Ubertis, G. (2017). *Elementos de epistemología del proceso judicial* (trad. de P. Andrés Ibáñez). Trotta.
- Valentine, T. e Fitzgerald, R. J. (2016). Identifying the Culprit: An International Perspective on the National Academy of Sciences Report on Eyewitness Identification Evidence. *Applied Cognitive Psychology*, 30, 135-138.
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vieira, R. S. (2021). *Controle da Prova Penal. Obtenção e Admissibilidade*. Editora RT.
- Wells, G. (1978). Applied Eyewitness-Testimony Research: System Variables and Estimator Variables. *Journal of Personality and Social Psychology*, 36(12), 1546-1557.
- Wells, G., Kovera, M. B., Douglass, A. B., Brewer, N., Meissner, C. A. e Wixted, J. T. (2020). Policy and Procedure Recommendations for the Collection and Preservation of Eyewitness Identification Evidence. *Law and Human Behavior*, 44(1), 3-36.

ACERCA DEL IRREDUCTIBLE ÁMBITO DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Manuel A. Calderón Meynier

Docente de Derecho Procesal Universidad Blas Pascal

manuelcalderon123@yahoo.com

ABSTRACT: En diversos trabajos, Jordi Ferrer Beltrán ha postulado consistentemente la necesidad de formular estándares de prueba objetivos, al menos en el sentido de que la afirmación relativa a que determinado hecho se encuentra probado no debería resultar subsidiaria de la convicción que aquel sujeto que realiza la afirmación tiene respecto de la prueba de dicho evento. Tal como señala en el título de su último libro, la convicción de quien juzga no es necesaria para la prueba de los hechos. Ahora bien, creo que existen, incluso dentro de las formulaciones de estándares pretendidamente objetivos, ámbitos irreductibles de subjetividad. El propósito de este trabajo consiste en mostrar alguno de dichos ámbitos, determinar su real dimensión y, si es posible, proponer ciertos bemoles a la pretensión de Ferrer Beltrán de formular EDP de este carácter.

PALABRAS CLAVE: estándares de prueba, clases de conceptos, subsunción descriptiva y subsunción imputativa, subjetividad.

ABOUT THE IRREDUCTIBLE SCOPE OF SUBJECTIVITY IN THE FORMULATION AND APPLICATION OF EVIDENCE STANDARDS

ABSTRACT: In various works, Jordi Ferrer Beltrán has consistently postulated the need to formulate objective standards of proof, at least in the sense that the statement that a certain fact has been proven should not result from the conviction that the person who performs the affirmation has respect to the proof of said event. As he points out in the title of his latest book, the conviction of

the person who judges is not necessary to prove the facts. Now, I believe that there are, even within the formulations of allegedly objective standards, irreducible areas of subjectivity. The purpose of this work is to show some of these areas, determine their real dimension and, if possible, propose certain flats to Ferrer Beltrán's claim to formulate EDP of this nature.

KEYWORDS: standards of proof, classes of concepts, descriptive subsumption and imputative subsumption, subjectivity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE ESTÁNDARES DE PRUEBA CONTROLABLES.— 3. ÁMBITOS IRREDUCTIBLES DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTÁNDARES DE PRUEBA: 3.1. Introducción. 3.2. La noción de «concepto». Las distintas teorías. 3.3. Clases de conceptos. 3.4. La subsunción conceptual descriptiva y la subsunción conceptual imputativa: 3.4.1. Las nociones de «subsunción conceptual descriptiva» y «subsunción conceptual imputativa». 3.4.2. Ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de estándares de prueba.— 4. CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La tesis que expondré a continuación tiene como objetivo central formular algunas reflexiones respecto de la posición defendida por Jordi Ferrer Beltrán en relación a la necesidad y posibilidad real de crear estándares de prueba (desde aquí, EDP) *objetivos*. En este sentido, centrándome en este trabajo en ese segundo ámbito de análisis, procuraré mostrar que tal cosa no resulta posible.

En este sentido, si bien la noción de estándares de prueba resulta más o menos homogénea entre los distintos autores que se encargan de estudiar este tópico, citaré la definición formulada por Ferrer Beltrán (2021, p. 24): «... los estándares de prueba son reglas que determinan el grado de confirmación que una hipótesis debe tener, a partir de las pruebas, para poder ser dada por probada a los efectos de adoptar una determinada decisión...».

Desde hace ya algunos años existe una línea de investigación muy importante que pretende identificar la distinción entre EDP subjetivos y objetivos¹. Básicamente la diferencia entre unos y otros consiste en que los primeros plantean que el análisis y la determinación de aquello que ha de resultar suficiente para considerar que un hecho está probado se establece a partir de la confianza o creencia personal e interna de un sujeto respecto de dicha hipótesis fáctica.

De manera simplificada, según este tipo de EDP, la prueba de un hecho resulta subsidiaria o parasitaria del nivel de confianza que, en la ocurrencia de la hipótesis, tiene el operador. De modo tal que, si ese nivel de confianza es alto, resulta revelador

¹ En esta dirección, Laudan (2005); Gascón Abellán (2005); Igartua Salaverría (2005); Bustamante Rúa (2010); Ferrer Beltrán (2021); Aguilera (2021), etc.

de una cantidad y calidad de prueba relevante que autoriza al operador a afirmar que tal hipótesis *está probada*.

Por su parte, los estándares objetivos proponen que la determinación de aquello que resulta suficiente para considerarse que un hecho está probado sea resultado de una regla cuyo consecuente —la «prueba suficiente»— dependa de que la ocurrencia del antecedente de la misma —aquello en virtud de lo cual el juez debe aceptar sin más que *hay prueba suficiente*— sea absolutamente ajena a una dimensión íntima del decisor. En este sentido, dado un EDP objetivo, el sujeto que decide en un caso concreto solo debe corroborar el cumplimiento de las condiciones o supuestos neutrales que esa norma prevé como condición necesaria y suficiente de la prueba del enunciado fáctico.

En este contexto, la pretensión de los defensores de esta posición es que el operador solo deba corroborar, a modo de una suerte de *check list*, la presencia de las condiciones que permiten tener a H como probada².

Atendiendo a este punto de vista, los EDP objetivos, al revés que los subjetivos, le dicen al operador qué es lo que deben buscar en el conjunto de elementos probatorios a fin de establecer, independientemente de sus convicciones, si hay prueba suficiente. En esta dirección, el nivel de confianza acerca de la hipótesis resultaría una consecuencia de algo que el agente ha encontrado en la prueba que le permite arribar a dicho estadio³.

Por su parte, EDP intersubjetivamente controlable es todo EDP que remita a criterios de justificación epistémica, aunque brindando un margen de relativa discrecionalidad a nivel de la motivación^{4 5}.

² Aunque esto no es objeto de discusión en este trabajo, debe tenerse en cuenta que, según mi criterio, un EDP será objetivo si, y solo si, dicha condición se refiere en efecto a un hecho objetivo. En este sentido, se entiende por objetividad en relación al EDP la que propone que la determinación de aquello que resulta suficiente para considerarse que un hecho está probado sea resultado de una regla cuyo consecuente —la «prueba suficiente»— dependa de que la ocurrencia del antecedente de la misma (es decir, aquello en virtud de lo cual el juez debe aceptar sin más que *hay prueba suficiente*) sea absolutamente ajena a una dimensión íntima del decisor. En este sentido, dado un EDP objetivo, el sujeto que decide en un caso concreto solo debe corroborar el cumplimiento de las condiciones o supuestos neutrales que esa norma prevé como condición necesaria y suficiente de la prueba del enunciado fáctico. Si no fuera así, el EDP terminaría siendo, a fin de cuentas, subjetivo o, en el mejor de los casos, intersubjetivamente controlable, entendiéndose por tal un EDP que, no siendo objetivo, brinda posibilidad de control por parte de terceras personas a partir del despliegue de un fundamento.

³ Pero esto, según la lógica que plantea Ferrer Beltrán, es verdaderamente eventual toda vez que, como el título de su última obra —*Prueba sin convicción*— sugiere, es perfectamente posible considerar que «está probado *p*» incluso cuando el juez esté convencido de lo contrario.

⁴ Habría que aclarar que, en la medida en que se mantenga la distinción entre *valoración de la prueba* y *decisión sobre la suficiencia probatoria*, la sana crítica racional es un sistema de valoración, no un EDP. Sin embargo, se trata de un sistema de valoración que proporciona criterios racionales cuyo cumplimiento resulta intersubjetivamente controlable, sobre la base de los cuales decidir la suficiencia probatoria.

⁵ Acerca de la prescindencia de criterios diferentes de los de valoración de la prueba a los fines del análisis de la prueba de una hipótesis, véase Bayón (2008, p. 22-23).

2. ACERCA DE LA CONVENIENCIA DE ESTÁNDARES DE PRUEBA CONTROLABLES

Sin duda alguna, la pretensión de Ferrer Beltrán, desde un punto de vista de dogmática procesal penal, procura disminuir la arbitrariedad de las resoluciones judiciales, y, de este modo, se enrola en una tesis garantista de derechos fundamentales.

Lo que Ferrer Beltrán sostiene fundamentalmente es que las afirmaciones del tipo «está probado que Juan mató a Pedro» no pueden depender, en ningún caso, de la convicción del juez respecto de la verdad de dicha proposición, pues esto hace que dichas afirmaciones resulten absolutamente imposibles de controlar⁶. La razón reside en que, como bien sostiene, la convicción no es susceptible de verdad o falsedad, de corrección o incorrección, sino que es un hecho como cualquier otro o, en otras palabras, solo «es» (2021, p. 178).

En este marco, a lo largo de su labor, Ferrer Beltrán ha reconocido modelos procesales que receptan EDP y se apoyan, precisamente, en fórmulas que hacen que la prueba de los hechos sea función exclusiva de la convicción individual de quien juzga (2021, p. 19-22). Por eso se ha propuesto crear EDP que minimicen esa discrecionalidad incontrolable. A esos EDP los ha denominado, inicialmente, *objetivos* (2007, p. 20, 114) y, más próximos en el tiempo, *intersubjetivamente controlables* (2018, p. 6, 17).

Ahora bien, creo que resulta relevante realizar en este momento algunas aclaraciones: 1) en primer lugar, Ferrer Beltrán adopta una posición político-criminal por la cual pretende que Juan solo pueda ser condenado por el homicidio de Pedro —que se le atribuye— si, al menos⁷, Juan hubiera matado a Pedro; 2) en este sentido entonces, la afirmación «Juan mató a Pedro» debe resultar descriptiva⁸ de un estado de cosas: de la realidad; 3) en este sentido, puede decirse que la posibilidad de predicar la verdad o falsedad de un enunciado es consecuencia de que sea descriptivo; 4) así es que, si vinculamos lo anterior con lo que se decía en el apartado 1, se compromete con una noción de verdad como correspondencia en el sentido de que pretender sostener la verdad de la afirmación «Juan mató a Pedro» solo cuando, *en la realidad*, Juan haya matado a Pedro; 5) para poder predicarse la verdad o falsedad de un enunciado referido a un hecho, este debe ser objetivo en el sentido de que debe ser externo e independiente al sujeto que se pronuncia acerca de su verdad o falsedad⁹, y 6) de este modo, debe sostener que los EDP que fijen cuándo un determinado grado de

⁶ En esta dirección, Ferrer Beltrán (2002, p. 32-34, 94 y ss.).

⁷ Más allá de cualquier otro requisito dogmático y procesal que resultara necesario para atribuir responsabilidad penal, pero que aquí no interesa señalar.

⁸ Inicialmente, en Ferrer Beltrán (2001), luego, casi sin modificaciones, en Ferrer Beltrán (2002). La última referencia expresa se encuentra en 2021 p. 200-201, nota 88.

⁹ Hasta aquí, más o menos textualmente, en Ferrer Beltrán (2021, p. 17-18).

corroboración de una hipótesis relativa a un hecho objetivo es suficiente para afirmar que esa hipótesis está probada, tienen necesariamente también, que ser objetivos¹⁰.

Entonces, más allá de la formulación que Ferrer Beltrán realiza en *Prueba sin convicción* (en adelante PSC) respecto de su pretensión de formular EDP *intersubjetivamente controlables*, sostener 1 a 5 implica, según mi punto de vista, sostener también 6. Según esta lógica, ¿de qué modo podría afirmarse consistentemente que el hecho objetivo «Juan mató a Pedro» ha de considerarse probado si los criterios de suficiencia probatoria tienen algún componente no objetivo?

Así, solo de EDP existentes como hecho objetivo, o sea, como externos a la creencia y/o voluntad de quien reconoce su existencia, y formulados también objetivamente es que puede predicarse verdad o falsedad de la afirmación relativa a que, en la realidad, se ha alcanzado ese estándar.

Más allá de la importante cuestión conceptual, en su última obra, Ferrer Beltrán (2021, p. 22-28) también ha señalado que EDP de esta clase brindan, fundamentalmente, dos valores procesales relevantes. Por una parte, seguridad jurídica, dado que todos los justiciables podrán controlar el cumplimiento de las condiciones requeridas por el EDP para sostener «está probado que *p*», de modo que la labor de los jueces se hará, de alguna manera, más previsible. Por otra parte, los EDP asegurarían igualdad de trato (probatorio), en el sentido de que los ciudadanos serán todos sometidos a un mismo baremo intersubjetivamente controlable de suficiencia probatoria y no *al que le toque* según cuál sea el juez que en suerte le sea asignado.

En estos términos, la conveniencia de EDP comunes y racionalmente controlables resulta evidente. Ahora bien, mi intuición general, adelantándola, es que un modelo como el que propone el profesor Ferrer Beltrán apoyado en EDP objetivos, busca prescindir de la insoslayable dimensión *humana* de las decisiones judiciales. Mi posición, es que, sin negar dicho carácter, de todos modos, se pueden construir EDP intersubjetivamente controlables con un diseño distinto, que incorpore los aspectos ineludibles de la actividad decisoria, aunque eso no será objeto de análisis en esta oportunidad.

¹⁰ Creo que esta es la interpretación que debe dársele cuando dice: «Ello no tiene como consecuencia, por cierto, que la fuerza ilocucionaria de un enunciado probatorio del tipo «está probado que *p*» no pueda ser descriptiva, o que sea constitutiva [...] Si la fuerza fuera constitutiva o performativa, no habría posibilidad conceptual de error. [...] Que en la determinación de la suficiencia probatoria intermedien razones normativas no impide, por otro lado, que pueda afirmarse la fuerza descriptiva de «está probado que *p*». Las razones normativas cuentan para determinar el estándar de prueba, que establece el umbral de suficiencia probatoria requerido para que pueda considerarse una hipótesis fáctica como probada; y las razones epistémicas cuentan para determinar si, a la luz de las pruebas presentadas al proceso, se alcanza o no ese umbral. Siendo así, nada impide sostener que es verdadero o falso que el grado de corroboración de «*p*» supera el umbral de suficiencia y, en consecuencia, que «está probado que *p*» (Ferrer Beltrán, 2021, p. 200-201 nota 88)».

3. ÁMBITOS IRREDUCTIBLES DE SUBJETIVIDAD EN LA FORMULACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTÁNDARES DE PRUEBA

3.1. Introducción

Incluso antes de la aparición del lenguaje hablado, las cosas del mundo se han vinculado a las personas a través de interrogantes del tipo qué, para qué, de qué modo, etc. En esta dirección, cuando un neandertal o un cromañón utilizaban un hueso de fémur de dinosaurio como maza para matar a animales más pequeños a los fines de alimento, indefectiblemente es que apreciaban el fémur con una noción conceptual, esto es, con el reconocimiento de determinado objeto que, usado de determinado, modo servía para determinado fin. En otras palabras, cada vez que estos sujetos veían un fémur, lo que veían era un elemento con el cual sabían que podían matar a un animal más pequeño.

Esto, con el avance de la historia y el desarrollo del lenguaje oral mutó hacia la vinculación entre objetos, conceptos y definiciones, que no es otra cosa más que la explicitación, la explicación del concepto a través del lenguaje.

En este sentido entonces, considero, el de «EDP» es un concepto, al igual que el carácter pretendidamente «objetivo» de los que se pudieran formular. Así las cosas, es que, como pretendo mostrar a partir de aquí, la construcción y aplicación de cualquier concepto tiene un ámbito irreductible de subjetividad que habitualmente no se reconoce y resulta relevante a los fines del análisis general de la cuestión.

3.2. La noción de «concepto». Las distintas teorías

He de iniciar el despliegue de mi posición procurando establecer algunas ideas básicas que resultan relevantes para este trabajo. Así es que quiero distinguir, en primer lugar, entre las siguientes nociones:

- a) *Oración.*
- b) *Proposición.*
- c) *Concepto.*

Una *oración* es un conjunto de palabras relacionadas mediante conectores, también llamados *términos sincategoremáticos*, como por ejemplo los artículos, las preposiciones, etc. Esa relación debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas que impone un determinado sistema lingüístico, de modo tal que la aplicación correcta de esas reglas aporte un sentido a la combinación (Díez y Moulines, 1999, p. 92).

Por su parte, una *proposición* es el significado de la oración en función asertiva¹¹. Más controvertido resulta precisar la noción de *concepto*, controversia que se irradia en dos direcciones: por un lado, vinculado a su carácter ontológico, o sea, en la pretensión de responder ¿qué es un concepto?; y, por otro lado, vinculado a su estructura, lo que procura responder a la pregunta ¿qué es lo que constituye a un concepto?

Desde el primero de esos aspectos, algunos teóricos sostienen que son *representaciones mentales*; otros refieren que son *aptitudes o habilidades* que tienen las personas; y una tercera posición las señala como *entidades abstractas* (Margolis y Laurance, 1999, p. 1-10).

La primera de las opiniones, que toma los conceptos como representaciones mentales, tiene su origen en el empirismo clásico. Para esta concepción, los conceptos son entidades psicológicas que pueblan nuestras mentes y que se constituyen a partir de nuestra percepción sensorial de los objetos del mundo. En este marco, por ejemplo, el concepto PIEDRA¹² es la representación mental —una imagen, por ejemplo— que tenemos de la «piedra-tipo» o «piedra-muestra».

La segunda posición, que los define como habilidades o aptitudes, afirma que los conceptos son condiciones o facultades —como la de correr o saltar— cognitivas que los sujetos poseen y que les permiten discriminar diversos objetos y sucesos en el mundo. En este marco, PERRO consistiría en la aptitud de distinguir aquellas entidades que son perros de los demás objetos del mundo.

Para el tercer enfoque los conceptos son entidades abstractas que integran y componen las proposiciones, son no localizables espaciotemporalmente y resultan accesibles para los seres humanos en tanto sujetos epistémicos, permitiéndoles conocer el mundo y orientarse en él (Díez y Moulines, 1999, p. 93). Así, los conceptos no están en la cabeza de las personas, sino que son entidades que median entre el pensamiento y el mundo que el sujeto capta o *trae*, precisamente, cuando tiene algún pensamiento: las palabras. En esta dirección, «casa» es la forma de expresar CASA en el sentido de vivienda.¹³

¹¹ Existen oraciones distintas que expresan la misma proposición, *i.e.*: «Raúl escalará el Monte Everest» y «El Monte Everest será escalado por Raúl».

¹² Utilizaré versalitas para referirme al concepto designado por el término; letra redonda a los fines del uso de la palabra —como vengo utilizando hasta el momento y seguiré haciendo—; cursiva para destacar el uso de una palabra, y eventualmente la palabra entre comillas para mencionarla, pero sin usarla.

¹³ La distinción entre una noción de concepto y otra no resulta en absoluto irrelevante en la medida en que, pareciera ser, la idea de concepto como entidad abstracta podría considerarse de una dimensión *objetiva* precisamente porque su existencia en nada dependería de un individuo, sino que resulta absolutamente ajena a él. Por su parte, las dos posiciones restantes, tendrían un contenido eminentemente *subjetivo*, ya sea vinculado a la circunstancia de que la *representación mental*, en virtud de ser mental, se vincula, precisamente, a cada sujeto en particular. En este sentido, una piedra —el objeto, la cosa— es objetiva, mientras que la representación mental de una piedra es subjetiva, y es subjetiva simplemente porque es mental. Así, *nótese, sin embargo, que la subjetividad de este tipo no excluye la posibilidad de que la misma representación sea compartida desde que dos personas pueden tener el mismo tipo de representación mental. Lo que resultaría muy difícil es que dos personas tengan la misma representación de muestra* (sería

Por su parte, los conceptos, mantienen una decisiva vinculación con los sistemas lingüísticos o, en otras palabras, existe una vital relación entre conceptos y palabras. Ese lazo es *la expresión* (Díez y Moulines, 1999, p. 94). La mayoría de las palabras que forman los juicios¹⁴, no son otra cosa que la forma de expresión de los conceptos (Larroyo 2008, XLVIII)¹⁵.

Teniendo en cuenta esta noción podríamos afirmar entonces que los juicios son también algo más que relaciones entre palabras: son relaciones entre conceptos.

De otro costado, y en estricta relación con la estructura de los conceptos, existen distintas teorías acerca de cómo están constituidos, o sea, cuáles son sus componentes, y que podríamos distinguir en: *teoría clásica*, *teoría de los prototipos*, *la «teoría-teoría» de los conceptos*, *la teoría neoclásica* y *el atomismo conceptual* (Margolis y Laurance, 1999, p. 10-54). Creo que profundizar demasiado estas nociones es una labor que excede los límites del presente trabajo, aunque resulta necesario decir que, las cinco primeras, sostienen que los conceptos se estructuran en base a propiedades —que a su vez se remiten a otros conceptos— que se reconocen en los objetos y cuya identificación nos permite subsumir esas entidades dentro de los respectivos conceptos. Por su parte, el atomismo conceptual se diferencia de esa clase de teorías al sostener, por el contrario, que los conceptos carecen absolutamente de estructura¹⁶.

algo así como la misma imagen que se viene a la mente en relación al objeto). Esto nos lleva a una segunda distinción subjetivo-objetiva. Se puede decir de esta manera: las representaciones mentales son subjetivas en la medida en que esas muestras pertenecen exclusivamente a un solo sujeto. Su ser subjetivo en este sentido, sin embargo, no impide que se puedan compartir en el sentido relevante, ya que, de nuevo, dos personas pueden tener la misma representación por cada una de las muestras del mismo tipo. Cuando alguien dice que dos personas tienen el mismo concepto, no es necesario suponer que está diciendo que ambos poseen el mismo *elemento muestra*. Es evidente que lo que importa para ser capaz de abrigar el mismo concepto, es tener *muestras del mismo tipo, de la misma clase*, de modo que el concepto sería el tipo o clase, no la muestra en sí. Así, mientras que las representaciones mentales son subjetivas en los dos sentidos que hemos aislado —son mentales y solo pertenecen a un solo sujeto—, esto no les impide ser objetivos en el sentido de ser compatibles, no a nivel de referencia muestra sino a nivel de referencia clase.

Luego, la posición restante también tiene un sustrato subjetivo en la medida que resulta de algún modo subsidiaria de las mayores o menores habilidades y capacidades de cada individuo para llevar adelante esa discriminación entre objetos y eventos del mundo.

¹⁴ Sería muy difícil poder incluir los *términos sincategoremáticos* dentro de los que expresan conceptos, salvo quizás en algún tipo de lenguaje científico-formal muy particular. Existen también casos de combinación de palabras que individualmente constituyen la expresión de conceptos, pero que al relacionarse, aunque gramaticalmente lo hagan correctamente, pierden ese carácter, *i.e.*: «cuadrado triangular».

¹⁵ De hecho, una de las clasificaciones que se hace en relación a los conceptos es la que distingue entre *conceptos lexicales* y *conceptos complejos* (Margolis y Laurence, 1999). Los primeros son los que se expresan a partir de una sola palabra —«perro»—. Los conceptos complejos son lo que se expresa mediante el uso de más de una palabra —«perro compañero»— y que, además, constituyen un concepto distinto de cada uno de los que expresaría las palabras que los conforman, individualmente consideradas.

¹⁶ Dworkin (2006, p. 9-12) plantea otras dos nociones, la de *conceptos criteriológicos* y *naturales*. Señala que los primeros son los que, para el uso del vocablo, se depende de ciertas condiciones que

Mi tesis incluye la mayoría de ellas, dejando fuera solo la del *atomismo conceptual*.

3.3. Clases de conceptos¹⁷

Ya he señalado arriba la distinción entre *conceptos lexicales* y *conceptos complejos* a la cual me remito.

Carl G. Hempel (1952, p. 50), en una sistematización compartida por Díez y Moulines (1999, p. 101 y ss.) y la mayoría de los filósofos de la ciencia, ha formulado una clasificación de los conceptos identificando tres categorías: la de *conceptos clasificatorios*, *comparativos* y *métricos*¹⁸.

debemos encontrar en las cosas o los objetos cuya existencia los hablantes comparten y que a la postre constituyen los criterios que determinan el uso/significado de los términos en cuestión. Esos criterios son los que suministran el parámetro para resolver si el término —y el concepto que le subyace— está correctamente utilizado. Que, como se aprecia, esta clase de conceptos dworkinianos se asemejan a los conceptos de *estructura* a los que me referí al comienzo de mi trabajo. Los *conceptos de clase natural*, por su parte, serían los que se refieren a objetos que admitimos poseen una naturaleza profunda que desconocemos pero que creemos es posible acceder a través del conocimiento experto.

¹⁷ La clasificación no es exhaustiva en ningún sentido: no reflejaré todas las clases desarrolladas por los teóricos en el mundo, y ni siquiera serán todas las que utilizaré en este trabajo, como se verá más abajo, en el punto IV.3.4.

¹⁸ Los *conceptos clasificatorios* son los que se usan con mayor frecuencia en la vida diaria y cotidiana ya que son los primeros que se aprenden y constituyen las herramientas que utilizamos desde niños para subsumir los objetos que nos rodean. Existen de muchas clases, algunos de ellos son los conceptos clasificatorios de color (ROJO, AZUL, VERDE), de temperatura (CALIENTE, FRÍO), de forma (REDONDO, CUADRADO, TRIANGULAR), de animales (VACA, PERRO, GATO), de plantas (ÁRBOL, FRUTAS, VERDURAS), de profesión (BOMBERO, POLICÍA, ABOGADO), de edad (JOVEN, NIÑO, adulto), de uso (MARTILLO, MESA, PLATO), de sustancia (LÍQUIDO, GASEOSO, SÓLIDO), etc. Por su parte, en una segunda categoría encontramos los *conceptos comparativos* que González Lagier (2007) define como «... aquellos que permiten comparar en qué grado dos objetos (o hechos) poseen una misma propiedad en común (por ejemplo, “dureza”, “antigüedad”, “altura”, etc....)». Dentro de estos encontramos, por ejemplo, MÁS PESADO QUE, EQUIVALENTE a, etc. Por último, los *conceptos métricos* son aquellos que asignan una magnitud a determinado objeto o fenómeno, como serían por ejemplo longitud, distancia, peso.

En lo que aquí importa, los jueces, al desarrollar la labor intelectual consistente en valorar la prueba y luego al tratar la suficiencia de la misma en relación a las hipótesis fácticas en discusión, utilizan constantemente conceptos de las tres categorías explicadas arriba. Conceptos como los de ARMA, MUERTO, DINERO, etc., pueden identificarse claramente dentro de la categoría de conceptos clasificatorios. Otros, como los de prueba, valorar, suficiente, etc. expresan a veces un concepto clasificatorio («está probado que *p*»), otras veces uno métrico («hay *x* grado de prueba en favor de *p*», «hay bastante prueba en favor de *p*»), y también, en algún caso, comparativo, como por ejemplo cuando digo «*p* está más probado que *q*». Así, por ejemplo, valorar abarca el comparar elementos de prueba, asignándoles peso o magnitud, de modo tal que en algún ámbito constituirá un concepto métrico y en otros uno del tipo comparativo. Lo mismo podemos decir de la noción consistente en indagar acerca de la suficiencia de determinado grado de corroboración que la prueba aporta en relación a determinada hipótesis. Sostener que determinado grado de convicción es suficiente para afirmar «está probado *p*» implica, clasificar y también medir. Finalmente, conceptos del tipo: baja probabilidad, alta probabilidad, etc. resultan ser conceptos métricos en la medida que asignan una magnitud a determinado objeto o condición.

En este contexto, creo útil identificar dos clases de conceptos que resultarán relevantes para mi tesis: los *conceptos descriptivos* y los *conceptos imputativos*.

Los *conceptos descriptivos* son aquellos que se vinculan con características que tienen los objetos o sucesos del mundo y que nos permiten usarlos solo a través de un ejercicio de reconocimiento que los usuarios realizamos de esas características. Por su parte, serán *conceptos imputativos* aquellos en los que las características o condiciones que nos permiten utilizarlos no están *en* el objeto o *en* el suceso del mundo, sino que son atribuidas por los usuarios a partir de circunstancias laterales o periféricas a la sustancia del objeto o suceso.

Así las cosas, que el agua contenida en el vaso sea *suficiente* para saciar mi sed no es una condición del agua como unidad conceptual, sino una característica periférica al objeto como es su cantidad. No hay nada *en el agua* como tal que la haga suficiente para saciar mi sed, sino que dicha condición es atribuida por mí mismo al objeto a partir de la valoración estimativa de la *cantidad* de agua que se halla en el recipiente. En este sentido, también es posible afirmar que dichas características son, de algún modo, contextuales, o sea, dependen de la situación o circunstancia particular de uso del concepto, como, en el ejemplo, de mi *cantidad* de sed.

Lo mismo pasa con muchos otros conceptos vinculados a objetos o fenómenos materiales del mundo. Pensemos en un perro, por ejemplo: lo que hace que un objeto *sea* un perro, es la presencia en él de las características definitorias de PERRO, supongamos: animal de cuatro patas que mueve la cola y ladra. Esas características son propias del objeto y lo único que hacemos nosotros, que pretendemos utilizar el concepto PERRO para señalar a esa entidad, es reconocerlas en la cosa. Ahora bien, cuando yo digo que «mi perro Toro es *compañero*», lo que estoy haciendo es atribuirle a mi perro un cierto carácter que él no tiene como elemento definitorio de la subsunción que realizo de sí como un PERRO. No hay nada en Toro en tanto que PERRO que yo pueda reconocer como lo que me permite clasificarlo como COMPAÑERO, salvo algunas circunstancias o condiciones periféricas que utilizo para atribuirle dicho carácter, por ejemplo, que pase mucho tiempo cerca de mí cuando estoy en casa.

Ahora bien, no todos los conceptos se refieren a cosas, personas o sucesos del mundo, sino que también existen otros que no se refieren a ellos y que, en contraposición a aquellos que podríamos denominar *conceptos concretos* —en virtud de que se refieren a algo que podemos apreciar de algún modo a través de nuestros sentidos— he de denominar *conceptos abstractos* en el sentido de que tienen una existencia que podríamos llamar *no corpórea* o *no material*, como, por ejemplo, SUFICIENTE, COMPAÑERO, INMORAL, etc., aunque siempre se vinculan con otros *conceptos concretos*¹⁹.

¹⁹ Esto no significa que no podamos definir *inmoral* o *suficiente* prescindiendo de algún objeto o suceso particular del mundo, sino que, incluso esa definición se vinculará con *algo* del mundo. He aquí un ejemplo: *inmoral* es *aquello que* no cumpla con los valores de decencia de una sociedad. La referencia a «aquello que» es lo que vincula *inmoral* con el mundo.

En esta dirección, lo que quiero indicar entonces es que los conceptos imputativos son, en todos los casos, conceptos abstractos —aunque se vinculen con objetos o fenómenos del mundo, como los tres que señalé arriba²⁰— y, en alguna medida, también conceptos que implican alguna valoración que excede las condiciones intrínsecas y centrales del objeto que clasifico dentro de esa categoría.

Ferrer Beltrán (2002, p. 49) se ha referido a esto cuando hace referencia a la distinción entre hechos descriptivos y hechos valorativos y esta noción puede aplicarse perfectamente a la de conceptos que aquí defiendo, toda vez que los hechos a los que hace referencia y sobre los que plantea su distinción están vinculados, como hemos visto, a una dimensión conceptual que los precede y que permite incluirlos dentro de alguna de sus categorías. La cuestión aquí es que los conceptos valorativos no tienen un contenido exhaustivamente descriptivo sino imputativo. En el texto, a modo de ejemplo, utiliza la noción de OBSCENO. Así, sostener que un evento —exhibir los genitales en un bus repleto de personas— resulta obsceno implica atribuir a ese suceso, a partir de la existencia de elementos periféricos al mismo —el lugar donde se lleva a cabo, por ejemplo—, dicho carácter.

Ahora bien, como también lo señala Ferrer Beltrán, es cierto que muchos conceptos valorativos son también complejos en el sentido de que están formados por dos o más palabras que, conjuntamente, señalan un concepto distinto de cada una de ellas identificadas individualmente: el de «perro compañero» por ejemplo, o el de «cantidad suficiente de agua para saciar mi sed». En esta dirección, muchos conceptos complejos están conformados por conceptos valorativos que se vinculan con objetos o fenómenos del mundo, o sea, con otros conceptos concretos, pero esto no quita en nada el carácter imputativo del concepto valorativo que forma parte del concepto complejo. Dicho de otro modo, que estemos hablando de un perro cuando hablamos de *compañero* no quita que este último carácter, que forma parte del concepto complejo, no tenga naturaleza imputativa: lo que hace el usuario del concepto es, precisamente, atribuir dicho carácter a un concepto descriptivo, lo que no le quita al concepto complejo su carácter atributivo.

3.4. La subsunción conceptual descriptiva y la subsunción conceptual imputativa

Hemos visto hasta aquí que el discurso probatorio utiliza constantemente proposiciones formadas por conceptos de distintas clases.

Ahora bien, es importante a esta altura señalar cómo es la labor que realizan los jueces para vincular las nociones de entidades, características o condiciones y conceptos. Como mencioné al principio, lingüísticamente los conceptos se vinculan dando lugar a formulaciones denominadas *juicios* o *enunciados*. Si tomamos una sentencia

²⁰ Aunque resulta importante señalar que no todos los conceptos abstractos son imputativos.

judicial, podemos apreciar que a la misma le cabe perfectamente esta idea en virtud de que no es otra cosa más que un documento formado por una gran cantidad de juicios concatenados de modo tal que algunos se constituyen en las premisas sobre las que se asientan otros juicios denominados conclusiones, y al mismo tiempo son también las conclusiones que se derivan de las relaciones entre otros enunciados.

3.4.1. *Las nociones de «subsunción conceptual descriptiva» y «subsunción conceptual imputativa»*

En primer lugar —lo llamaré *análisis conceptual*—, una vez que se ha tenido acceso a ellos, los hechos deben ser encuadrados en el marco de algún concepto.

Desde un segundo punto de vista —lo denominaré *valoración probatoria*—, sopesándolos —individual y conjuntamente— con el objeto de determinar el grado de corroboración de la hipótesis que esos elementos probatorios están dirigidos a respaldar.

Un tercer aspecto —lo nombraré *análisis de suficiencia probatoria*— corresponde al de la determinación de si el grado de corroboración que se le atribuyó a la hipótesis durante el despliegue de la actividad valorativa resulta suficiente para afirmar que dicha hipótesis *se encuentra probada* según los estándares de cada sistema procesal.

En definitiva, cuando el juez percibe un objeto concreto, identificando sus características descriptivas y encuadrándolo en un concepto, lo que hace es desplegar una actividad de *subsunción conceptual descriptiva*. Cuando identifica esa entidad dentro de la extensión de un concepto imputativo, solo se lo atribuye discrecionalmente, a partir del reconocimiento de características que son contextuales a aquellas que resultan definitivas en términos de su encuadramiento dentro de un concepto concreto. Esta labor la llamo *subsunción conceptual imputativa*.

Finalmente, la actividad de subsunción descriptiva y/o subsunción imputativa de segundo orden²¹ es la que consiste en encuadrar los hechos que se consideran probados —Juan mató a Pedro— dentro de una norma jurídica que regule el evento, en general, dentro del ámbito del derecho penal, atribuyendo consecuencias a los sujetos que de alguna manera hubieran participado en su producción. Esta clase de subsunción podría denominarse *subsunción jurídica*, que no es otra cosa más que un tipo particular y específico de subsunción conceptual.

Aunque es importante señalar que en la labor de encuadramiento jurídico también se llevan adelante acciones de imputación conceptual. Así, cuando calificamos una conducta de exhibición del cuerpo desnudo de una persona como *obscena* lo

²¹ Con esta expresión no quiero significar que sea de un menor nivel de importancia, sino que se lleva a cabo posteriormente a la subsunción conceptual.

hacemos no con significación para la vida común sino, especialmente, en el contexto jurídico, con relevancia normativa.

3.4.2. *Ámbitos irreductibles de subjetividad en la formulación y aplicación de estándares de prueba*

Existe un ámbito de subjetividad específico imposible de evitar, a priori, en la labor tanto de formulación como de aplicación de los estándares de prueba —análisis de suficiencia probatoria—, que es el que se vincula a la dimensión decisional de la actividad del operador jurídico.

Toda la actividad de subsunción descriptiva, así como la de subsunción imputativa, está atravesada por decisiones que, en muchos casos inconscientemente²², debe

²² Sostiene Ferrer Beltrán (2021, p. 32) que: «A pesar de todo ello, desde un punto de vista epistemológico, es claro que del convencimiento psicológico del juzgador respecto de p no se infiera nada acerca de la verdad de p ni tampoco respecto del grado de corroboración que las pruebas aportan a p . Tampoco desde un punto de vista causal hay evidencia alguna de que un mayor grado de corroboración probatoria esté vinculado con una mayor firmeza del convencimiento que las pruebas pudieran producir en los decisores. De hecho, todos observamos día a día cómo diferentes personas expuestas a la percepción de las mismas pruebas, alcanzan conclusiones distintas y grados de confianza subjetiva diversos en esas conclusiones. Eso es así, muy banalmente, porque en la conformación de nuestras creencias (y del grado de nuestra confianza en ellas) inciden múltiples factores, como nuestros prejuicios, sesgos, ideología, religión, conocimiento previo, experiencia vital, etc., además de las pruebas».

Esto que Ferrer Beltrán refiere respecto de las creencias es exactamente lo mismo que ocurre, según mi punto de vista, con la toma de decisiones. Las personas, en el contexto de la adopción de decisiones, nos enfrentamos a una serie de información que utilizamos como herramienta para tomarlas del mejor modo posible. Ahora bien, muchas veces la información que brinda el contexto es tanta que nos resultaría sumamente dificultoso analizar en profundidad cada una de las variables y circunstancias a las que nos enfrentamos en el momento de tomar la decisión, al punto de que si lo hiciéramos, no podríamos decidir casi nada. De este modo, y para poder lidiar mejor con la complejidad a la que me he referido, las personas utilizamos métodos de simplificación del análisis de la información. La cuestión aquí es que muchas de esas herramientas de simplificación son conscientes, mientras que muchas otras son inconscientes o implícitas.

Dicen Nuria Cortada de Kohan y Guillermo Macbeth (2006, p. 57) que los procedimientos utilizados en la resolución de un problema o en la toma de una decisión pueden ser por algoritmos o por heurísticos. Los algoritmos son estrategias que garantizan la solución. Por ejemplo, un algoritmo son las reglas para realizar una división cualquiera de dos números, es decir lo que haríamos para dividir $10/2$. Esta garantizado que estas reglas nos darán un resultado indefectiblemente correcto. Los procedimientos heurísticos, en cambio, proveen ayuda en la solución de un problema, pero no de manera necesariamente justificada ni racional. Son juicios intuitivos, que se basan en el conocimiento parcial, en la experiencia o en suposiciones que a veces son correctas y a veces erradas. Este tipo de procedimientos mentales de simplificación (heurística), si bien con carácter general puedan ser útiles para la vida corriente, pueden estar enmarcados a partir, fundamentalmente, de sesgos, prejuicios y estereotipos.

En relación a los primeros encontramos de dos tipos, los denominados sesgos cognitivos y los llamados sesgos implícitos. Es clásico el estudio pionero de Tversky y Kahneman (1974) donde procedieron a relacionar y sistematizar esas técnicas o reglas heurísticas (*heuristics*), definiéndolas como aquellas «reglas cognitivas que todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que

tomar el agente. En particular, muchas de esas decisiones se vinculan con conceptos que he denominado *atributivos* o *imputativos*, donde el contenido decisional se aprecia con mayor claridad aún en razón de que el sujeto no opera solo reconociendo características y encuadrándolas en categorías conceptuales, sino atribuyendo o imputando dichas categorías a partir de una labor valorativa.

Esto es lo que ocurre, por ejemplo, con conceptos tales como ESTÁNDARES DE PRUEBA.

En lo que aquí importa, tal como señalé más arriba, cuando hablamos de EDP nos referimos al grado de corroboración de una hipótesis que permita afirmar que esta se encuentra probada o resulte aceptable que sea considerada como probada. En otras palabras, un EDP es un umbral de suficiencia para considerar la hipótesis probada. En este contexto, como vengo sosteniendo, no hay nada en el *grado de corroboración* que permita sostener que este es *suficiente* para tener por probada la hipótesis de que se trate, sino que, lo que precisamente hace el usuario de los EDP es atribuir a determinado grado de corroboración ese carácter de suficiencia, o dicho de otra manera, se lo imputa.

La cuestión aquí es que, de la lectura de la obra general del autor, pero muy específicamente de su último libro, *Prueba sin convicción*, puede desprenderse, en mi opinión, que Ferrer Beltrán gestiona el concepto de SUFICIENCIA PROBATORIA como si fuera descriptivo cuando en realidad es imputativo.

Lo mismo ocurre con los modos en que los EDP que Ferrer Beltrán propone están formulados. Pensemos por ejemplo en el que el autor (2021, p. 209) denomina EDP1 y plantea del siguiente modo:

Para considerar probada una hipótesis sobre los hechos deben darse conjuntamente las siguientes condiciones:

permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples».

Otra categoría de variables que influyen de manera no necesariamente consciente en la toma de decisiones son los estereotipos, a los que podríamos definir como «creencias populares sobre los atributos que caracterizan a una categoría social y sobre los que existe un acuerdo sustancial» (Marlene 1973, p. 435). En este sentido:

Son el resultado de un proceso de categorización previa de los individuos en grupos, representación mental que tiene por objeto facilitar la socialización e integración de los sujetos en una comunidad, sistematizando y organizado la gran cantidad de información que los sujetos perciben del entorno [...] La existencia de estas creencias se explicaría por la percepción subjetiva de semejanzas y diferencias entre diferentes grupos que se asignan entre sí diferentes rasgos (Rodríguez, Sabucedo y Arce, 1991, p. 8).

Finalmente, los prejuicios suponen un juicio anticipado negativo sobre determinadas categorías de objetos —generalmente personas— que no tienen un fundamento racional elaborado, es decir, son prácticamente *frases hechas* que al ser repetidas una y otra vez alcanzan eventualmente el estatus de verdades para quienes las utilizan como justificaciones.

Como puede apreciarse, los prejuicios y los estereotipos mantienen una relación bastante estrecha, al punto de que estos últimos, según se ha señalado, constituyen el componente cognitivo de los prejuicios (Pla, Adam y Bernabeu, 2013, p. 21).

a) La hipótesis debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas y aportadas como pruebas al proceso.

b) Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado/demandado o más beneficiosas para él, excluidas las hipótesis ad hoc.

Así, los conceptos EXPLICAR, INTEGRAR, COHERENCIA, CONFIRMACIÓN, REFUTACIÓN, PLAUSIBILIDAD y COMPATIBILIDAD son todos conceptos imputativos y no descriptivos.

En este marco, la relevancia de la pretensión que tiene Ferrer Beltrán de tratar como descriptivos conceptos imputativos es que eso es lo que permite, precisamente, atribuirle su carácter objetivo. Lo que Ferrer Beltrán procura es mostrar que solo alcanza con corroborar en el fenómeno la presencia o ausencia de sus características para poder subsumirlo dentro de una determinada categoría conceptual. Así, en relación con los EDP, según cada una de las formulaciones que propone, lo que hace que un determinado grado de corroboración probatoria resulte suficiente para aceptar tener por probada la hipótesis es que el mismo cumpla las condiciones que él le atribuye. Por ejemplo, en el EDP1, las *a* y *b* que transcribí arriba.

La cuestión aquí es que como vengo diciendo, los conceptos que utiliza para formular el EDP son en su gran mayoría imputativos y no descriptivos.

Que un argumento constituya una *explicación* de determinada situación o fenómeno implica predicar algo de dicho argumento que resulta *superador*, o sea, *algo más* que el despliegue del argumento mismo, y ello implica valorar el argumento.

Lo mismo puede predicarse del resto de los conceptos señalados arriba. Pensemos el de PLAUSIBILIDAD o HIPÓTESIS PLAUSIBLE tal como lo utiliza Ferrer Beltrán en la formulación del EDP. Que una hipótesis resulte plausible implica predicar de ella algo más que lo que surge de los términos de la propia hipótesis. Sostener que una hipótesis resulta plausible es similar a decir que una exhibición resulta obscena: obedece a criterios valorativos que se predicen respecto del acto, que dependen de otras variables además de las condiciones o características del acto en sí mismo. Y esto es así toda vez que pronunciarnos acerca del carácter plausible de una hipótesis implica identificar en ella algún carácter adicional al que permite encuadrarla dentro del concepto de hipótesis, y esto es su carácter *posible*, y este es un campo muy amplio donde el operador, en alguna medida valora el contexto y asigna *posibilidad* a algunas de ellas.

El propio Ferrer Beltrán (2002, p. 49-53) parece reconocer este carácter en su propia obra cuando señala lo siguiente:

Son muchas las clasificaciones posibles de los tipos de hechos que son establecidos por las normas como condiciones para la aplicación de las consecuencias jurídicas [...] No obstante, a los efectos de este trabajo resulta de particular importancia aquella que distingue entre los hechos definidos descriptivamente y los hechos definidos valorativamente [...] En el primer caso, la identificación del supuesto de hecho se realiza a través de datos empíricos, esto es, en las características defini-

torias del supuesto de hecho en cuestión son exclusivamente empíricas. En el segundo caso, en cambio, se utilizan términos valorativos para definir el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica. Así sucede no solo en las disposiciones que hacen referencia expresa a la moral o a las buenas costumbres, sino también, por ejemplo, a nociones como el daño grave, la justa causa, la conducta propia de un buen padre de familia, etc.

[...] Así *p* será, por ejemplo, «La cláusula *c* es contraria a la moral». Esta proposición incluye dos aspectos: en primer lugar, hace referencia a la existencia de una cláusula (en un determinado contrato), lo que podrá ser objeto de prueba sin el mayor inconveniente. Por otra parte, califica valorativamente esa cláusula como contraria a la moral: Esto último hace que, para muchos autores, no sea posible atribuir valores de verdad a *p* y que tampoco puedan aportarse elementos de juicio cognoscitivos a favor de la misma, sino únicamente argumentos de tipo valorativo o prescriptivo [...].

[...] Este es el caso, por ejemplo, del daño grave [...]; de este modo, si el supuesto al que una determinada norma atribuya una consecuencia jurídica es la producción de un daño grave, será posible y necesaria la prueba de la producción del daño (y, en su caso, de su cuantía); una vez probada la ocurrencia del daño deberá plantearse la valoración del mismo como «grave» o no a los efectos de la aplicación de la consecuencia jurídica, pero esta valoración ya no forma parte de la prueba [...]

El fragmento citado merece varias reflexiones. En primer lugar, si bien el autor inicia haciendo referencia a «hechos descriptivos» y «hechos valorativos» esa misma noción puede aplicarse a la clasificación que he propuesto de *conceptos descriptivos* y *conceptos imputativos*, y tan es así que sobre el final del texto el propio Ferrer Beltrán deja de utilizar «hechos» y comienza a utilizar «conceptos», y esto es perfectamente razonable en la medida que, tal como lo he señalado arriba, la descripción de hechos no es otra cosa más que formulación lingüística de conceptos a los que denominamos «hechos».

Por su parte, cuando se refiere a la idea de «elementos de juicio a favor de *p*», esta es equivalente a lo que he venido mostrando respecto de la estructura de los conceptos apoyados en características o condiciones de las entidades respecto de las que se permite afirmar que pertenecen a determinada categoría. Así, la corroboración de la existencia de esas características son los «elementos de juicio» —a los que se refiere Ferrer Beltrán— que permiten sostener su pertenencia a la extensión del concepto.

Así pues, que los hechos valorativos se refieren no solo a conceptos morales sino a otros de diverso carácter, como —según él— el de daño grave creo que revela el reconocimiento del carácter valorativo de otros tipos de conceptos como serían, en la lógica que planteo, las nociones de SUFICIENCIA, PLAUSIBILIDAD, etc.

Después, Ferrer Beltrán reconoce la existencia de dos clases de «hechos valorativos»: aquellos de contenido mixto descriptivo-valorativo, que puede equipararse a los conceptos que he identificado arriba como *descriptivos-imputativos* y tienen un sustrato relativo a cosas o sucesos del mundo, y luego aquellos de contenido puramente valorativo. Esta es la misma lógica que yo planteo respecto de los conceptos imputativos, tal como he procurado mostrar arriba.

Ferrer Beltrán añade más adelante lo siguiente:

En segundo lugar, creo que la conclusión que excluye en todo caso que los enunciados que incluyen términos valorativos sean susceptibles de verdad o falsedad debe ser revisada. En mi opinión, esos enunciados pueden ser interpretados de dos formas muy distintas. La primera supone que quien formula el enunciado participa de la valoración realizada, esto es, usa el término valorativo para valorar un hecho. En ese caso, lo que se ha formulado es un juicio de valor y no es susceptible en ningún caso de verdad o falsedad. Pero, también es posible una segunda interpretación, que supone que quien formula el enunciado califica el hecho mediante un término valorativo en la forma en que éste es habitualmente usado, lo que no supone en ningún caso que comparta esa valoración. [...]

[...] Ahora bien, ese conocimiento es necesariamente relativo a la comunidad lingüística, cultural y moral en que la calificación se formula [...] Por ello, el uso descriptivo de los conceptos valorativos densos hace referencia, en mi opinión, a la moral social imperante [...] Y, en ese caso, declarar probado que se ha producido un acto de exhibición obscena no supone que el juez haya emitido juicio de valor alguno, no supone que él mismo valore positiva o negativamente la acción en cuestión.

En esos casos, la remisión a la moral social no es distinta de la remisión al uso social de cualquier otro término para determinar su significado. [...] De todos modos, que los conceptos valorativos densos tengan contenido informativo presupone que, de acuerdo con el uso común del término, existan algunos casos paradigmáticos. Cuando el juez se encuentre ante un caso de este tipo, podrá formular enunciados probatorios con fuerza descriptiva y será aplicable el análisis realizado en este capítulo. Cuando el juez se encuentre ante un caso dudoso, en cambio, cabrá únicamente que resuelva la indeterminación del uso social del término mediante la aplicación de su propia concepción valorativa y en ese supuesto, claro está, formulara un genuino juicio de valor (un enunciado con fuerza normativa).

Finalmente, resulta relevante hacer alguna referencia a la posibilidad o no de formular atribuciones de verdad o falsedad respecto de afirmaciones relativas a los hechos valorativos que yo equiparo a conceptos atributivos o imputativos. Así, sostener que el daño es grave, que la cláusula es inmoral, que el abuso sexual es corruptor, o que el grado de corroboración de la hipótesis *h* es suficiente para que resulte aceptable tenerla como probada, implica hacer una afirmación de la que pretende predicarse verdad o falsedad. En este contexto, lo que Ferrer Beltrán estimó que necesita para hacer consistente su teoría es que, precisamente, respecto de esa clase de hechos valorativos, se pueda predicar verdad o falsedad en relación con los criterios generales de uso del término en determinado grupo. En esta dirección, debo señalar, mi posición procura sostener que, fundamentalmente en el proceso de formulación de un EDP, el criterio de uso del concepto está determinado por el agente que lleva adelante la formulación. En este contexto, sostener que determinado nivel de corroboración de una hipótesis es *suficiente* para que resulte aceptable afirmar que la misma se encuentra probada implica una atribución, una imputación de suficiencia. Ahora bien, en razón de que al menos el EDP propuesto por el autor contiene no uno sino varios conceptos atributivos es que se requerirá luego una atribución de criterio para cada uno de ellos, lo que hace aun mucho más compleja no solo su formulación, sino también su aplicación al caso concreto.

Lo mismo cabe decir respecto del momento de aplicación del EDP. Así, pregunto yo, ¿cuál es el uso común del término «suficiente» para poder predicarlo de determi-

nado grado de corroboración de una hipótesis con el objeto de sostener que dicha hipótesis *está probada*? ¿Es el que determina el legislador en el momento de formular el EDP? Si así fuera, ¿cuál es la vigencia que ese uso común tendría?

Por su parte, si fuera el juez quien debiera con el paso de los años constituirse en intérprete de la *voluntad social de uso* de un término, ocurriría precisamente lo que Ferrer Beltrán quiere evitar: que una persona —el juez— diga caso a caso qué es SUFICIENTE. Por su parte, si la idea es que el juez entonces solo sea un *reconocedor* del uso común de un término, debo decir que para ello no hace falta tratar como descriptivos conceptos que no lo son: solo resulta necesario aplicar un criterio de racionalidad a la operación de reconocimiento.

4. CONCLUSIÓN

Dice Dei Vecchi (2022, p. 337-373):

Él [Ferrer Beltrán] sostiene que, si se fijan umbrales de suficiencia probatoria a través de reglas generales que apelen a la «capacidad justificativa» de las pruebas, la evaluación dejará de estar en manos de quien valora la prueba —*i.e.* jueces y juezas— para pasar a manos de quien preformula el estándar (idealmente, la legislatura). El truco consiste en convertir la evaluación moral autónoma de la judicatura en un juicio heterónimo, legislativo, que anticipe la medida adecuada de distribución del riesgo de error sobre la base de las «preferencias sociales». Para ello, los EdP deben indicar cuáles son las propiedades epistémicas concretas que una hipótesis tiene que poseer para que quien juzga pueda determinar si, objetivamente, hay o no PRUEBA. A estas propiedades epistémicas Ferrer las llama «resultados probatorios», y las identifica con cosas tales como la «refutación» de hipótesis alternativas, la «confirmación» de predicciones que puedan hacerse a partir de la hipótesis cuya prueba se analiza, etc. De tal modo, «Está PROBADO que *p*», pronunciado en la decisión judicial, pasaría a ser un acto de habla descriptivo, verdadero si esos «resultados probatorios» concretos ocurrieron y falso en caso contrario.

Ahora bien, el truco funcionará tan solo a condición de que esas propiedades epistémicas o «resultados probatorios» concretos sean «metafísicamente objetivos». Su ocurrencia en cada caso no puede depender de evaluaciones personales de quienes juzgan, *i.e.* de quienes aplican los EdP. Caso contrario, la tesis descriptivista seguiría siendo insostenible. Obsérvese bien: no estoy diciendo que la comprobación de la ocurrencia de esos rasgos o resultados probatorios no pueda depender de quien juzga. Lo crucial es que su ocurrencia misma —*i.e.*, el «hecho» de que la hipótesis posea esas propiedades— tiene que ser completamente independiente de toda evaluación judicial autónoma. Lo primero consiste en un problema epistemológico; lo segundo, en uno ontológico.

En este contexto, si la tesis de Ferrer Beltrán fuera correcta, ¿cuál sería la razón que legitimaría la existencia de jueces como sujetos que ejerzan la jurisdicción? O sea, los jueces podrían pasar a ser meros *checklisters especializados* en el sentido de que se sentarían frente a la prueba y *tildarían* casilleros si la misma alcanza esos criterios objetivos de suficiencia sin ningún tipo de intervención mayor ni mejor y esto es, ni más ni menos, imposible que ocurra jamás en el paradigma actual, básicamente por dos razones. La primera de ellas, de reconocimiento ontológico de la psicología judicial: los jueces tienen poder y son conscientes de ello y su poder jamás va a pretender limitarse solo a esa clase de requerimientos. Segunda razón, práctica: el cumplimiento de esos roles podría llevarlo a cabo cualquier persona que tuviera la

suficiente capacidad de evaluar hechos y compararlos con los EDP, siendo que los jueces solo resultarían útiles en el proceso de aplicar la norma. Esto implicaría un cambio absoluto del concepto de jurisdicción que creo que esta tesis no recoge. La jurisdicción se define como la capacidad de decidir legítimamente los casos concretos que se sometan a la evaluación de un juez, y esa noción de decisión abarca tanto el aspecto fáctico —qué hechos están probados—, como el jurídico —qué norma debe aplicarse—. Esta posición no da cuenta de las implicancias institucionales en términos procesales que podrían derivarse de ella.

Ahora bien, lo que podría decirse frente a esto es que la relevante y de algún modo discrecional intervención de los jueces en el trámite de los hechos se vinculará solo al momento de construcción del acervo probatorio —e incluso en los casos de sistemas acusatorios acentuados, ni siquiera esto, dado que no es su rol buscar la prueba sino, a lo sumo, controlar su legalidad— y, luego, al de la valoración de la prueba, pero no al de evaluación de suficiencia de dicho grado de corroboración en relación a la hipótesis en discusión. Si ello fuera así, la misma imposibilidad de control intersubjetivo de los procesos, podría hacerse presente. De este modo, si el grado de corroboración que aportan las pruebas a las diversas hipótesis está determinado por el propio juez, y también es cierto entonces que no existen hechos morales —en el sentido de reglas morales generales, que es como entiendo la expresión— ya su carácter incontrolable —y posiblemente arbitrario— se podría manifestar en esta operación. Así, resultaría inútil formalizar EDP objetivos dado que ellos se verían precedidos por una operación posiblemente arbitraria que es la de atribuir valor a la prueba.

Luego, se ha sostenido la distinción entre EDP y valoración de prueba en términos que esta última apunta al grado de corroboración que los elementos de prueba aportan a la hipótesis —pretensión epistémica—, mientras que los EDP son criterios que nos permiten analizar si ese grado de corroboración es suficiente o no para afirmar que dicha hipótesis está probada —pretensión institucional—. En ambos casos, existe por detrás de la afirmación, una decisión: la de sostener el x grado de corroboración o la de afirmar que superó o no el EDP. En este contexto entonces es que creo que ninguna de las afirmaciones resulta descriptiva, sino, en los dos casos, imputativa. En los dos casos hay una decisión de atribuir algo: grado de corroboración en el primer caso o grado de suficiencia en el segundo.

Finalmente, los únicos EDP que considero pueden resultar objetivos son aquellos que se vinculen con conceptos del tipo de prueba tasada, por ejemplo: «será suficiente para tener por probada p , cuando dos testigos refieran que p » o cualquiera de esa clase. La cuestión aquí es si estamos dispuestos a sostener institucionalmente esa clase de EDP.

Por último, creo que ninguno de estos problemas se haría presente en caso de EDP si utilizáramos otras formas de control intersubjetivo que también resultan racionales, aunque no impliquen un diseño objetivo como el que planteé en el párrafo anterior. Por ejemplo, los mismos EDP que formula Ferrer Beltrán son muy buenos ejemplos de ello, pero el control sobre si fueron alcanzados no puede ser a nivel

descriptivo como el autor pretende, sino a nivel del análisis de la racionalidad de la imputación de suficiencia realizada por el juez, y dicho examen es solamente realizable a partir de la justificación que el propio juez brinde respecto de esa operación.

Así, todo se termina reduciendo a un estudio de razonabilidad de los argumentos dados por el juez en sus fallos. Esto no depende en nada de las creencias, o al menos no resulta subsidiaria de aquella, y es perfectamente controlable, porque lo que los sistemas liberales exigen no es que los jueces no crean en la culpabilidad del imputado, sino que no justifiquen una condena en ella.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera García, E. (2021). Dudando de las dudas sobre la formulación de estándares de prueba jurídicos (razonablemente) objetivos. En *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Evidencia científica*. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021). Los límites de la lógica y del razonamiento jurídico. En C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (pp. 335-358). Trotta. (Obra original publicada en 1989)
- Arena, F. J. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial: una exploración conceptual. *Revista de derecho*, 29, 51-75.
- (2021). Responsabilidad por sesgos implícitos y decisión judicial. En *Fundamentos filosóficos del Derecho Procesal* (pp. 47-80). Tirant Lo Blanch.
- Bayón, J. C. (2008). Epistemología moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Análisis e diritto*.
- Bustamante Rúa, M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. *Opinión Jurídica*, 9(17), 71-91.
- Clermont, K. M. (2009). Standards of Proof Revisited. *Cornell Law Faculty Publications*, 13, 469-487.
- Clermont, K. M. y Sherwin, E. (2002). A Comparative View of Standards of Proof. *Cornell Law Faculty Publications*, 50(2), 243-275.
- Cortada de Cohan, N. y Mcbeth, G. (2006). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *Revista de Psicología*, 2 (3), 55-67. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/6131/1/sesgos-cognitivos-toma-de-decisiones-kohan.pdf>
- Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373.
- DeKay, M. L. (1996). The Difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards of Proof. *Law & Social Inquiry*, 21(1), 95-132.
- Díez, J. A. y Moulines, C. U. (1999). *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia* (2ª ed revisada). Ariel.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in robes*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2001). Está probado que p. En L. Triolo, *Prassi giuridica e controllo di razionalità* (pp. 73-96). G. Giappichelli.
- (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- (2018). Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes, *Filosofía del derecho privado* (pp. 401-430). Marcial Pons.
- (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Gardiner, G. (2017). In Defense of Reasonable Doubt, *Journal of Applied Philosophy*, 34(2), 221-241.

- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139
- González Lagier, D. (2007). Hechos y Conceptos. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 15. <https://www.uv.es/CEFD/15/lagier.pdf>
- (2013a). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Fontamara.
- (2013b). *Las paradojas de la acción*. Marcial Pons. (Obra original publicada en 2001)
- Guthrie, C., Rachlinsky, J. J. y Wistrich, A. J. (2001). Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Faculty Publications*, 86, 787.
- Hempel, C. (1952). *Fundamentals Concept Formation in Empirical Science*. The University of Chicago Press.
- Igartúa Salaverria, J. (2005). Prolongaciones a partir de Laudan. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28.
- Larroyo, F. (2008). Estudio introductorio. La lógica griega hasta Aristóteles. En Aristóteles, *Tratados de lógica. El Organon*. Porrúa.
- Laudan, L. (2003). Is reasonable Doubt Reasonable? *Legal Theory*, 9(4), 295-331.
- (2005). Un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba. *Doxa*, 28, 95-113
- (2007). Strange Bedfellows. Inference to the Best Explanation and the Criminal Standard of Proof. *International Journal of Evidence & Proof*, 11(4), 292.
- (2013). *Verdad, error y proceso penal: un ensayo sobre epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- (2016). *The Law's Flaws. Rethinking Trials and Errors?* Lightning Source.
- Laudan, L. y Saunders, H. (2009). Re-Thinking the Criminal Standard of Proof: Seeking Consensus About the Utilities of Trial Outcomes. *International Commentary on Evidence*, 7(2).
- Lillquist, E. (2002). Recasting Reasonable Doubt: Decision Theory and the Virtues of Variability. *UC Davis Law Review*, 36, 85-197. <https://ssrn.com/abstract=349820> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.349820>
- Mackie, M. (1973). Arriving at Truth by Definition: Case of Stereotype Inaccuracy. *Social Problems*, 20(4). <https://www.jstor.org/stable/799706>.
- Margolis, E. y Laurence, S. (1999). *Concepts. Core Readings* (pp. 1-54). MIT Press.
- Nance, D. A. (2016). *The Burdens of Proof*. Cambridge University Press.
- (2018). Belief Functions and Burdens of Proof. *Law, Probability and Risk*, 18(1), 53-76.
- Newman, J. O. (2007). Quantifying the Standard of Proof Beyond a Reasonable Doubt: A Comment on Three Comments. *Law, Probability and Risk*, 5, 267-269.
- Pérez Barberá, G. y Bouvier, H. G. (2004). Casación, lógica y valoración de la prueba: Un análisis de la argumetación sobre los hechos en las sentencias de los tribunales casatorios. *Pensamiento Penal y Criminológico: revista de Derecho Penal integrado*, 9, 171-195.
- Picinali, F. (2009). Is «Proof Beyond a Reasonable Doubt» a Self-Evident Concept? Considering the U.S. and the Italian Legal Cultures towards the Understanding of the Standard of Persuasion in Criminal Cases. *Global Jurist*, 9(4).
- (2015). The Threshold Lies in the Method: Instructing Jurors about Reasoning Beyond Reasonable Doubt. *International Journal of Evidence & Proof*, 19(3), 139-153.
- (2018). Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 31(2), 365-402.
- Pla, I., Adam, A. y Bernabeu, I. (2013). Estereotipos y prejuicios de género: factores determinantes en Salud Mental. *Norte de salud mental*, 11(46), p. 20-28.
- Pennington, N. y Hastie, R. (1991). A Cognitive Theory of Jurors Decision Making. *Card. L. Rev.*, 13, 519-557.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el Derecho y Positivismo Jurídico*. Marcial Pons.
- Rodríguez, M. S., Sabucedo, J. M. y Arce, C. (1991). Estereotipos regionales y nacionales: del conocimiento individual a la sociedad pensante. *Aprendizaje, Revista de Psicología Social*, 6(1).
- Stoffelmayr, E. y Diamond, S. (2000). The Conflict Between Precision and Flexibility in Explaining «Beyond a Reasonable Doubt». *Psychology, Public Policy, and Law*, 6(3), 769-787.

Tversky, Amos y Kahneman, D. (1974). Judgement under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, 185(4157), 1124-1131. <http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJUUHAB%3E2.0.CO%3B2-M>

«INTIME CONVICTION» IN GERMANY. CONCEPTUAL FOUNDATIONS, HISTORICAL DEVELOPMENT AND CURRENT MEANING

Kai Ambos*

Professor of Criminal Law, Criminal Procedure,
Comparative Law, International Criminal Law
and Public International Law
Georg-August-Universität, Göttingen
Judge Kosovo Specialist Chambers
The Hague
kambos@gwdg.de

ABSTRACT: The paper analyses the concept of «intime conviction» from the perspective of the German reformed inquisitorial criminal procedure. It starts off with the discussion of the foundations of the concept and explains how it—in essence, a flexible method to assess the available evidence—is integrated in the larger topic of the law of evidence, especially its production and evaluation (*infra* 1). One key issue in this regard is how much freedom is given to the adjudicator to carry out the evidentiary evaluation and how this freedom relates to the applicable standard of proof (*Beweismaßstab, estándar probatorio*), being «beyond any reasonable doubt» (BARD) the most popular one. At any rate, in a (reformed) inquisitorial system all persons involved in the evidentiary process should be guided by the search for truth. To fully understand «intime conviction» and how it operates in the reformed inquisitorial procedure it is necessary to take a look at the historical development and the different factors influencing this development (section 2). Here again the importance of the fact-finding authority (professional judges vs. laypersons, especially jury) co-

* All translations from German by the author. I thank Leon Augustin Hill for important research assistance and Simón Morato for final formatting. Thanks to Lorena Bachmaier Winter, Jordi Nieva Fenoll, Paulo de Sousa Mendes and the two anonymous reviewers of the journal (especially the second one) for useful comments.

mes to light and its dependence or at least relationship with the system of evidentiary evaluation. It will be seen that while the current system is based on the historical precedents the historical development has not been linear. This current system is then analyzed in the following section (3). It will be shown that it moves somewhere between the former system of legal proof and free evaluation. An expansive appeals jurisprudence has increasingly turned the «free conviction» into a sort of «*conviction raisonnée*», the lack of remaining (reasonable) doubts as a basis for a conviction makes clear that it is the BARD standard which effectively informs the intime conviction method in substantive terms. The paper closes with some further considerations on the justification of the (high) standard and the (formally not necessary) proof of defenses (section 4).

KEYWORDS: intime conviction, beyond reasonable doubt, legal proof, evidentiary rules, free evaluation.

SUMMARY: 1. Conceptual Foundations.— 2. Historical Development.— 3. The Current System, especially the Standard of Proof.— 4. Other Considerations: 4.1. Justification of the Standard. 4.2. Proof of Defenses?— 5. CONCLUSIONS.— BIBLIOGRAPHY.

1. CONCEPTUAL FOUNDATIONS

Intime conviction (*conviction intime*) is, in essence, a flexible method to assess the available evidence, based on the conviction of the adjudicator, in contrast to a rigid system of rules of evidence (*preuve légale, prueba legal/tasada, gesetzlicher Beweis*) to which we will return below. So understood, intime conviction is *not* a standard of proof (*Beweismaßstab, estándar probatorio*)—as the most popular, common law «beyond any reasonable doubt» (BARD) standard—although the requirement of a «conviction» seems to refer to the aim of the assessment exercise, namely to reach such a conviction¹. Yet only a proper standard of proof like BARD provides for criteria to come to a conviction (namely lacking any reasonable doubts).

The phase of the evaluation/assessment of the evidence must be distinguished from the preceding phase of obtaining/collecting/gathering evidence². In other words, the evaluation of evidence presupposes that this evidence has been collected in the first place. This collection usually takes place in line with certain rules which determine the lawfulness of the evidence which, in turn, may entail certain prohibitions of use (*Beweisverbote*) or exclusionary rules (Thaman and Brodowski, 2020, p. 428-458). Also, the rules on evidence collection determine who is responsible for the collection of the evidence marking an important difference between adversarial and inquisitorial systems (understood as ideal types), with the former leaving

¹ Stuckenberg (2013, p. 17): distinguishing between the method («intime», «free») and the aim («conviction»).

² See from a German perspective Küper (1967, p. 292); Arzt (1974, p. 223-237); Walter (1979, p. 284 ff., 323-324).

this responsibility to the parties and the latter to the official adjudicator/fact-finder, imposing on her a duty to inquire or clarify exhaustively (*Aufklärungspflicht*)³. This duty, in turn, is intimately linked to the (in)famous concept of material truth giving rise to many misunderstandings, not least the idea that truth-seeking has no role to play in adversarial systems⁴. In fact, the opposite is true and at the core of the traditional adversarial-inquisitorial dispute does not lie so much a conceptual question (what kind of truth) but a procedural one as to the (right) *way to achieve or get to the truth*. This is the central issue of this paper.

While it is clear that any limitation in evidence gathering and use is in tension with a right or even duty to the (material) truth⁵—sometimes even translated in a right to proof (*diritto alla prova*)⁶—, it is generally accepted that there are legitimate (rule of law/rights-based) reasons to impose such limitations. Indeed, the history of criminal procedure reform on the European continent was predicated on the assumption that any evidence presented to a court had been obtained in a lawful manner, *i. e.*, in accordance with the laws of the time (Nobili, 2001, p. 79, p. 81; Damaška, 2019, p. 92 ff.)⁷. The question is of course what are legitimate reasons to impose limitations on evidence gathering. In a criminal procedure system which operates within the confines of the rule of law such reasons mostly derive from rights limitations, starting with human dignity as its *Grundnorm*. Other limitations, for example the German rule that only certain means of proof (documents, visual inspection, witnesses and experts, *Strengbeweis*) are admitted to prove guilt or innocence, are difficult to understand from this perspective and indeed are unreasonable from a common law or any perspective which champions judicial freedom in the evaluation of evidence⁸. In fact, free evaluation undermines a strict production rule like the *Strengbeweis*, since it allows for evidence not obtained by the *Strengbeweis* to be considered (Arzt, 1974, p. 224, 230, 234-235).

³ Cf. German Criminal Procedure Act (Strafprozessordnung), § 244(2): «*Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind*».

⁴ From the perspective of civil procedure cf. Clermont and Sherwin (2002, p. 243-275, at 269-271). With the equally misleading proposition however that civil law countries, taking France as the only example, prefer dispute resolution over truth; *contra* insofar Taruffo (2003, p. 659-677, at 673-677). Crit. however Damaška (1997, p. 94 ff.), concluding that «the Anglo-American method of collecting and presenting evidence [...] strikes discordant notes with [...] a model of inquiry aimed at obtaining only accurate, trustworthy knowledge» (p. 101).

⁵ From a historical perspective on the equation of the principle of «material truth» with an unlimited freedom of the judge to inquire the facts, see Nobili (2001, p. 27 ff.).

⁶ Cf. Walter (1979, p. 302 ff.).

⁷ Damaška (2019, p. 95): discussing the rejection of inadmissible, albeit persuasive evidence and stressing that fact-finding was limited with regard to incriminating evidence given that it was accepted that «certain rules responsive to defense interested are rooted in natural law and constitute the indispensable elements of the just judicial order».

⁸ See also Damaška (2019, p. 122). Correctly arguing that such rules directly affect judicial freedom.

Once evidence has been (lawfully) collected the question arises how it should be assessed or evaluated. From a continental (civil law/inquisitorial) perspective the key issue insofar is *how much freedom is given to the adjudicator*. The scale runs from none (positive theory of legal proof) to full freedom (principle of free evaluation)—«between the Scylla of rigid normativity and the Charybdis of uncontrollable decision-making freedom» (Damaška, 2019, p. 116)—with negative formal rules (negative theory of legal proof) as a compromise formula allowing for a smooth transition from the strict rule-based system of the traditional inquisitorial process⁹ to the free evaluation of the enlightened postrevolutionary reformed process. A system of legal proof consists of formal (Roman-canon) (Damaška, 2019, p. 1) rules of evidence which instruct the adjudicator to take a certain fact as evidence only if this finding is in compliance with the respective rules¹⁰. There may be (exclusive) positive rules, for example the two witnesses' requirement for a conviction of the *Carolina*¹¹, or negative rules which, while accepting the judge's conviction in principle, operate as a kind of back up of this conviction or a minimum standard so that a conviction is only possible if the relevant formal rule, *e. g.* the existence of a confession¹², is complied with¹³; these are also called mixed theories since they combine the judge's conviction with formal rules of evidence¹⁴.

While on a conceptual basis there seems to be a strict—sort of ideal-type—distinction between a system of legal proof and one of free evaluation, it would be incorrect to assume that the pre-revolutionary, rules-based process of the *ancien régime* did not allow for judicial discretion. In fact, formal rules of evidence have been developed over centuries, largely in a highly complex and confusing manner¹⁵ which for this very fact already contained inroads of judicial discretion, the so-called *arbitrium iudicis*¹⁶, albeit within the framework of the very system of legal proof and there-

⁹ See, as a prominent example, *Die Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.* ("Constitutio Criminalis Carolina") of 1532. For an analysis, see Ignor (2002, p. 60 ff.).

¹⁰ For a more elaborate definition, see Sarstedt (1968, p. 186); Frisch (2016, p. 707-714, at p. 708).

¹¹ Cf. Art. 67 of the *Carolina*, the medieval German text is for example available at <http://ra.smixx.de/media/files/Constitutio-Criminalis-Carolina-1532.pdf>. In detail on the two-eyewitness rule: Damaška (2019, p. 59 ff.).

¹² On the importance of (courtroom) confessions in the medieval process, see Damaška (2019, p. 37 ff., 69 ff.).

¹³ This was already proposed in the context of the French revolution by Robbespiere and in Italy by Filangieri and others (Nobili, 2001, p. 126-127, with references also p. 155; Walter, 1979, p. 65-66) and taken up, inter alia, by Feuerbach (1813, p. 132 ff.) and Mittermaier (1834, p. 83): «... innere Ueberzeugung genügt nicht, wenn nicht zugleich durch ein, im Gesetz als genügend erklärtes Beweismittel die Schuld hergestellt ist». See also Küper (1967, p. 230-231); *id.*, Küper (1984, p. 23-46 at 23 ff.); Schmitt (1992, p. 152 ff.); Ignor (2002, p. 251); Frisch (2016, p. 708); Damaška (2019, p. 81 ff., 113-114, 136).

¹⁴ This terminology is for example used by Nobili (2001, p. 126 and passim).

¹⁵ On the «hugely varied legal landscape» of Roman-canon evidence law (Damaška, 2019, p. 5-6); see also Nieva Fenoll (2021, p. 41-65, at 52 ff.).

¹⁶ See Nobili (2001, p. 81 ff., 85, 91 ff.); Jerouschek (1992, p. 493-515): free evaluation in general inquisition (p. 500-501); legal proof never totally unfree (p. 502); Damaška (2019): judicial discretion

fore not to be confused with free evaluation in an absolute (original French) sense (Damaška, 2019)¹⁷. At any rate, judicial freedom of any sort is difficult to reconcile with a system of legal proof. Indeed, the adjudicator's freedom consists of her freedom to come to a conviction/persuasion irrespective of any formal rule¹⁸. But how relates this freedom to the standard/degree of proof (*Beweismaß/-grad*) mentioned at the beginning of this paper? And what importance does the adjudicatory organ play in relation to the freedom of the evidentiary evaluation? Arguably, a free evaluation can only be directed at finding the truth, that is, that the decision for a certain (free) way to evaluate the evidence predetermines the standard of proof as something close to truth¹⁹. We will return to some of these questions.

2. HISTORICAL DEVELOPMENT

The situation on the European continent is difficult to understand without a brief reference to the historical development. While the formal turn to the free evaluation system was brought about by the French revolution in 1789, it must not be overlooked that already the old system contained discretionary elements in the form of the already mentioned *arbitrium iudicis* and calls for the abolishment of legal proof have predated the French revolution²⁰. At any rate, the intime conviction standard has been introduced officially by way of the famous 1791 instruction giving full discretion to the then created jury²¹ and it has survived until our

as «mediating the tension» between too rigid rules and necessary flexibility for their implementation (p. 11, 18, 24); even free evaluation as «tenet of medieval legal scholars and court practice» (p. 48-49); but see next fn., freedom to decide cases of amorous rivalry «by relying on logic and common sense» (p. 76); «judicial discretion» (p. 114); «great importance in the judge's belief in the probative value of evidence» (p. 136).

¹⁷ Whether there was free evaluation depends on the understanding of the concept (p. 64); concluding that free evaluation «in its pristine French sense [...] was neither professed nor practiced in [...] Roman-canon fact-finding evidence law» (p. 120).

¹⁸ For other interpretations of «free», cf. Nobili (2001, p. 231).

¹⁹ Cf. Walter (1979, p. 163-164).

²⁰ One of the most important writings was Von Justi (1760, p. 350-400), available at Google Books. On Justi and other authors, see Küper (1967, p. 132-133, 233 ff.); Schmitt (1992, p. 145-146); Nobili (2001, p. 110-111).

²¹ Cf. the Decree of 29 September/21 October 1791 of the Constitutional Assembly as later incorporated in Art. 342 of the Code d'Instruction Criminelle (CIC) of 1808 (Code Napoleon), available at https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_2.htm:

La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus : elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense.

La loi ne leur dit point: Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins; elle ne leur dit pas non plus: Vous ne regarderez pas connue suffisamment établie, toute preuve qui ne sera

days²². The radical break with the inquisitorial procedure was heavily influenced by the English adversarial system which was largely considered as the most progressive model by the liberal and enlightened thinkers of the time (Nobili, 2001; Damaška, 2019)²³. The revolutionary legislator had an extreme trust in the jury (the 1792 *Tribunal révolutionnaire* was itself a jury!) and considered it as the guarantor of a truly independent judiciary (given the monarchy's control of the professional judges) and thus a symbol of freedom and democracy²⁴. Even a strictly accusatorial investigation has been introduced with a jury for the confirmation of the charges (Nobili, 2001, p. 122-124). Yet, the reform was not sustainable and the rollback started as early as 1795 with the reintroduction of old inquisitorial elements, especially the secret and written preliminary investigation, culminating in the already mentioned mixed Code d'Instruction Criminelle of 1808²⁵. The result has been a tension between an inquisitorial (preliminary) investigation and an accusatorial, adversarial trial with a free evaluation of the evidence—a tension which persists until today (Nobili, 2001, p. 140 and *passim*).

The failure of the English procedural model in France (and thus in Germany and Italy, influenced by French approach) had its main technical reason in the lack of a proper understanding of the deeper structures of this model, in particular, the party-driven procedure (including the investigation) and the dialectical art of argumentation (*ars disputandi*) which is a key feature of common law systems until today. This stands in stark contrast to the continental approach of an inquisitorial investigation and the a priori, mechanical rationalism, detached from the adversarial debate of parties (Nobili, 2001, p. 9 ff., 18-19, 46, 77, 131). On a metalevel, it was mistakenly assumed that the mere (Watson-like) transplant (Watson, 1974, p. 21-30) of some elements of the English model, especially the jury, would guarantee a sustainable radical change. Instead, the successful counter reform mentioned above confirms the general insight that the law of evidence, as indeed any other legal subsystem, cannot be transplanted in an isolated way in a new system without translating them²⁶ and taking due account of the general procedural framework of the system from which it is borrowed. Thus, in essence, the intimate relationship between the procedural model and the way how evidence is evaluated (either pursuant to formal rules or freely)

pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: Avez-vous une intime conviction? (emphasis in the original).

See also Nobili (2001, p. 124 ff.), with a summary of the debate in the Constitutional Assembly where subjectivists won the day; Walter (1979, p. 68-69); Ignor (2002, p. 250-251).

²² Cf. Art. 353 Code de Procédure Pénale (with a shortened version).

²³ 1791 decree as radical reform modelled on English procedure (Nobili, 2001, p. 122, 131). Damaška (2019, p. 118): «... copy the English machinery of justice and introduce the jury trial».

²⁴ Cf. Ignor (2002, p. 249-250).

²⁵ Cf. Nobili (2001, p. 130 ff., 138 ff.). In this process of counterreform even the fate of the jury was at stake, but it was ultimately maintained (Nobili, 2001, p. 141-142, 143 ff.).

²⁶ Cf. Langer (2004, p. 1-64, at 1, 5, 29 ff.).

has been overlooked or at least neglected²⁷ and the new system was not sufficiently, if at all, adjusted to the dialectical argumentation so typical for the English model (Nobili, 2001, p. 222 ff.).

On a more concrete level, the perception of the jury has been negatively influenced by certain excesses of the French jury (especially of the Revolutionary Tribunal²⁸) and its originally unlimited discretion. Thus, the jury was largely seen as a purely emotional and intuitive fact-finder, operating pursuant to a «*Totaleindruck ohne Reflexion*» (Walter, 1979, p. 70-71)²⁹, as opposed to professional judges taking their decisions rationally. Yet, while the choice of the adjudicatory organ should not be underestimated³⁰, the juxtaposition jury/professional judges was clearly an overstatement³¹ if only for the fact that even the pre-revolutionary judge, albeit within a system of legal proof, disposed of a considerable discretion, as already mentioned above³². More importantly, most scholars overlooked the jury instructions as part of a complex law of evidence (Küper, 1967, p. 176-177; Schmitt, 1992, p. 149 with fn. 566; Damaška, 2019, p. 130-131)³³ and understated the jury's process of deliberation.

Carl Joseph Anton Mittermaier (1851), one of the most influential German scholars of the 19th century, was one of the few authors who took a more nuanced approach distinguishing between the English jurors who decide «on the basis of a bunch of precise rules of evidence» (p. 47)³⁴ and the French ones who are so-

²⁷ Cf. Nobili (2001, p. 81 ff.): Überzeugungsbildung.

²⁸ Ignor (2002, p. 214, 249-250): discussing the skepticism in Germany because of the jury's reputation as a political institution.

²⁹ See also Feuerbach (1813, p. 119-120): «*Die Geschworenen mit ihrem Instinct erscheinen hier nicht anders, denn als ein Methodisten- oder Quäkerverein, der in dumpfer Gedankenlosigkeit auf den Lichtstrahl der natürlichen Offenbarung harret, so wie die letzten auf eine Erleuchtung von oben*».

³⁰ See e. g. Damaška (2019, p. 130): «In England, the resolution of testimonial conflict was in the hands of amateurs [...], while on the continent it was in the hands of case-hardened professionals...».

³¹ Cf. Nobili (2001, p. 41 ff., 60) discussing the two extremes of an either irrational, emotional or mechanically rational fact-finding process by either jury or professional judges. See also Damaška (2019, p. 131) stressing that the jury achieved «its present-day fact-finding freedom [,] only from the middle of the eighteenth and across the nineteenth century».

³² Damaška (2019, p. 131) therefore stresses that «the actual contrast» between the jury and the Roman-canon judges «is not so pronounced».

³³ Damaška (2019, p. 130-131) arguing however that the jury instructions themselves resembled rules developed five centuries earlier by Roman-canon jurists; «... instructions of this kind function like Roman-canon negative legal proof in that they aspire to influence the fact-finders' commonsense reasoning...» (p. 134).

³⁴ «*Quelli per antica consuetudine hanno l'obbligo di decider (1), non già dietro una teoria di prove legali, come nel processo germanico, ma in base ad un complesso d'accurate regole probatorie [of evidence] [emphasis added] convalidate dai giudicati emessi nella pratica, i quali si trasmettono per tradizione, dagli scrittori (2) vengono raccolti e scientificamente trattati, e di cui poi il giudice delle assise ne informa il giuri*» (Mittermaier, 1851, p. 47); praising the «moral and political traits of the English» (*specialità morali e sociali degli Inglesi*) which explain the superiority of their jury and the century old experience of techniques of argumentation which are summarized in the rule of evidence) (p. 571-572). In the (previous)

mewhat left alone with the «imprecise and confusing» concept of intime conviction (p. 480)³⁵. In fact, this author changed his earlier view (in favour of professional judges with a mixed system of formal rules of evidence and personal conviction) around 1846—on the basis of impressions of a trip throughout Europe—and acknowledged that a radical reform introducing the jury and a full accusatorial trial was necessary (p. 475, 553, 564-565)³⁶. Mittermaier (1832, p. 488-518)³⁷, as well as his tutor Paul Johann Anselm Feuerbach (1825, p. 460-461)³⁸, has been profoundly influenced by the Louisiana legislator and reformer Livingstone and his (legislative) «Code of Evidence», apparently more than by English jurists³⁹. In fact, Mittermaier (1833) wanted to subject the jury to a Livingstone-like set of (flexible) rules of evidence⁴⁰, thus implying, as previously Feuerbach (1825)⁴¹, that the existence of a jury does not necessarily preclude a theory of legal proof.

At any rate, these reformist positions prepared the ground for the abolishment of legal proof in the German states—after having «stubbornly» persisted for centuries (Damaška, 2019, p. 5-6) (and resurfacing later mainly in its negative form as we will see below)—, first in Prussia by the Law of 17 July 1846⁴², intellectually prepared by

German version of this text Mittermaier does not explicitly refer to the English rules of evidence, cf. Mittermaier (1845, p. 27); on the additional considerations in the Italian version, see also editor's note (Mittermaier, 1845, p. 12-13). See also Mittermaier (1858, p. 36-37, 86-87, 92-93, 132-133, 140-141); Mittermaier (1834, p. 37, 83, 110-111). On Mittermaier in this regard, see also Küper (1967, p. 224); «Historische Bemerkungen» (1984, fn. 58); Nobili (2001, p. 152-153).

³⁵ «*La così detta intime conviction, alla quale sono rimessi i giurati francesi, è cosa sì indeterminata e confusa (1), che sopra non vi si può far capitale...*»

³⁶ See also Mittermaier (1858, p. 109-110, p. 139-140); on this, see also Nobili (2001, p. 161-162); Ignor (2002, p. 260 ff.).

³⁷ Summarizing Livingstone's Code at p. 508-518; *id.*, Mittermaier (1833, p. 120-140 and p. 280-303 at 284); Also Mittermaier (1834, p. 112 ff.).

³⁸ Referring to Livingstone and his proposal of a «Code of Evidence» («*fünftes Buch*») for the jury trial.

³⁹ On this (regarding Mittermaier), see Landau (1987, p. 241-304, at 248 ff.), noting however that Livingstone's Code was never adopted.

⁴⁰ Concluding that «legal rules of evidence should also be given in a criminal justice system built upon the jury» («... *auch in einer auf Geschwornengerichte gebauten Criminalordnung gesetzliche Beweisvorschriften gegeben arden sollen*») (Mittermaier, 1833, p. 298) and calling for a «legal instruction on evidence» («*gesetzliche Instruction für die Geschwornen*») (p. 300).

⁴¹ «*Allein eine Beweislehre, welche, nach den allgemeinen Regeln der Erfahrung über geschichtliche Wahrheit, unsichere, trügliche Mittel der Ueberzeugung von den sicheren und ächten sondert, nur diese zulässt, den Gebrauch jener verwirft; welche in Hinsicht der von ihr überhaupt zugelassenen Beweismittel bestimmt, unter welchen Bedingungen ihnen im Besondern Beweiskraft zukomme oder nicht; welche festsetzt, welche und wie starke Beweismittel wenigstens vorhanden seyn müssen, wenn entweder überhaupt, oder bei diesem und jenem Verbrechen, der Angeklagte für überwiesen gesprochen werden darf; welche neben diesen gesetzlich verpflichtenden Bestimmungen, zugleich Regeln aufstellt, die, ohne das Urtheil zu binden, demselben wenigstens als Richtschnur zur Auffindung des Wahren dienen: eine solche Beweistheorie ist nicht nur mit einem Geschwornengerichte (sic!) vereinbar, sondern selbst nothwendig, wenn nicht das Urtheil der Jury einer Wetterfahne gleichen soll...*» (Feuerbach, 1825, p. 461-462).

⁴² See on this Law (which in § 2 also introduced the first German Office of the Prosecutor) for example Abegg (1847, p. 103-135, 155-187). On the historical development, including other German

von Savigny's memorandum on the principles of the new criminal procedure⁴³. While the Prussian Law did introduce the free evaluation principle⁴⁴ as a rule, referring to the (professional) judge's conviction derived from the totality of the trial⁴⁵—a formulation almost identically copied to the current § 261 of the *Strafprozessordnung* (stop)⁴⁶—, it maintained the former system of legal proof for cases of a possible death penalty or life imprisonment where the defendant could only be convicted in line with the formal evidentiary rules of the former (1805) Code⁴⁷. Interestingly, the jury was introduced in the wake of the French Revolution in the German states left of the Rhine already at the end of the 18th century⁴⁸ and later, from 1848 on, in other German states⁴⁹; this was a further consequence of the adoption of the free evaluation principle⁵⁰. Last but not least, the *in dubio pro reo* principle acquired full force with the abolishment of the evidentiary rules in that the suspect/defendant had to be considered (completely) innocent if his/her guilt could not be demonstrated beyond reasonable doubt⁵¹.

The historical development makes clear that the move from the system of legal proof to free evaluation was intimately linked to the *question of the fact-finding*

reform laws, see Ignor (2002, p. 259-260, 263 ff., 280 ff.). Note that the Criminal Procedure Code of Baden was prepared before but entered into force later and maintained negative rules of proof, cf. Ignor (2002, p. 251, 259, 280, 282).

⁴³ Extracts of the memorandum have only been published more than ten years later in *Archiv des Preussischen Criminal Rechts (ArchPrCrimR)* 6 (1858, p. 469-491). The full version is now available as a book version edited by Werner: Von Savigny (2011). While von Savigny also had an important political role being Minister for Legislation in Prussia since 28 February 1842, he has been largely sidestepped in the legislative process by other Ministers which were apparently closer to King Friedrich Wilhelm IV, cf. Ignor (2002, p. 266 ff.).

⁴⁴ Ignor (2002, p. 252 ff.) considers the abolishment of torture and the (simultaneous) recognition of circumstantial evidence (*indicia*) as necessary forerunners of this principle in the German context.

⁴⁵ § 19 of the 1846 Law («nach seiner freien, aus dem Inbegriff der vor ihm erfolgten Verhandlungen geschöpften Ueberzeugung zu entscheiden ...»); see on the *travaux* on this point, Ignor (2002, p. 275, p. 278).

⁴⁶ § 261 StPO: «... freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung...».

⁴⁷ The court could then convert the death sentence in life imprisonment and the latter in a temporal imprisonment, § 20, see Ignor (2002, p. 282-283).

⁴⁸ Cf. Landau (1987, p. 266-267): «since 1789 normal part of the judicial organization» («normaler Bestandteil der Gerichtsverfassung»); also Schmitt (1992, p. 149-150).

⁴⁹ Cf. Gneist (1987, p. 254 ff.): summarizing the debate in Bavaria, Baden, Württemberg and Hessen-Darmstadt; on organisation, procedure, including free evaluation of evidence, and competence (Gneist 1987, p. 268 ff.); Jänicke and Peters (2016, p. 17-25, at p. 21); for the Kingdom of Bavaria, see Löhnig (2016, p. 153-161). In Switzerland the process started already at the end of the 18th century and the first juries have been introduced at the beginning of the 19th century in western cantons, cf. Gschwend (2016, p. 137-152).

⁵⁰ Cf. Küper (1967, p. 170 ff.); Nobili (2001, p. 161 ff.); Ignor (2002, p. 249 ff.).

⁵¹ Cf. Zopfs (1999, p. 237 ff.) arguing that the principle was already recognized in the *ius commune* but only acquired full force with the abolishment of legal proof. See also Hoyer (1993, p. 526-527) arguing that the principle was only introduced with the recognition of free evaluation since the latter made its circumvention possible.

authority. In France, this move was triggered, if not predetermined by the introduction of the jury⁵², and while the change of the adjudicatory organ did not have the same importance in Germany and Italy, the introduction of the jury clearly pushed for intime conviction and free evaluation with the—overstated—juxtaposition of «jury/free evaluation» and «professional judges/legal proof» dominating the discussion quite some time (Schmitt, 1992, p. 155-156; Walter, 1979, p. 69-70; Nobili, 2001, p. 74 ff.). This juxtaposition was only loosened with the attempts to rationalise the jury's process of deliberation and evaluation—moving away from the intime conviction's «*Totaleindruck*»—and the ensuing assimilation of the fact-finding process, either by way of legal proof/free evaluation or by laypeople/professional judges (Schmitt, 1992, p. 157; Küper, 1984, p. 34; Walter, 1979, p. 72-73). In fact, even the French intime conviction had its element of rationality or reasoning by way of the English doctrine of «common sense» as expressed in the concept of «reasoned conviction» (*conviction raisonnée*) (Nobili, 2001, p. 116; Schulz, 1988, p. 139-148, at 140-141)⁵³. In Germany, rationalization was sought by taking recourse to Kant (how could it be otherwise?) with Jarcke (1826, p. 97-144) arguing as early as 1825 that truth can only be achieved if the adjudicator's subjective conviction/persuasion finds an objective basis in the object it seeks to recognize, in other words, if the subjective conviction can be objectively rationalized or is supported by reasons (*Gründe*) going beyond the adjudicator's subjective intuition⁵⁴. This was taken up by other authors, especially Mittermaier (1834, p. 63 ff.)⁵⁵. It laid the foundation of the just mentioned assimilation or approximation of the (new) free evaluation and the (old) legal proof with the respective adjudicatory authorities.

Ultimately, judicial conviction, either by laypeople or professional judges, can only be formed/established/achieved on the basis of intersubjective validity or articulation as a result of reasons or reasoning which themselves must be able to be communicated/communicable (*mittelbar*)⁵⁶. Thus, any judicial decision appears as the result of an intellectual, rational process of cognition, notwithstanding the adjudicator's professional or social background. Against this background the traditional criticism levelled against the jury, *i. e.*, that it produces mere intuitive decisions without any reflection and is a sort of black box for lack of giving reasons⁵⁷ seems

⁵² Nobili (2001, p. 78, p.116): jury as one of main reasons and «vehicle» of free evaluation; but more cautious at 18: «*Nebenprodukt*»); Jerouschek (1992, p. 495-496).

⁵³ For this reason, Nobili (2001, p. 151) considers the German critique of the intime conviction as partly exaggerated. See also Damaška (2019, p. 120).

⁵⁴ Jarcke (1826, p. 97 ff.): *Übereinstimmung des Fürwahrhalten mit dem Erkenntnisobjekt*; for a good summary, see Küper (1967, 222-223), with references to the underlying Kantian ideas, and Küper (1984, p. 34 ff.); briefly also Nobili (2001, p. 158-159).

⁵⁵ See further Küper (1967, p. 224 ff.).

⁵⁶ Cf. Walter (1979, p. 72 ff.); Schulz (1988, p. 146 ff.). *Mittelbarkeit* (p. 148); also Schmitt (1992, p. 157); Fezer (1995, p. 95-96, 100): «*intersubjektive Nachvollziehbarkeit bzw. Vermittelbarkeit*»; Frisch (2016, p. 713): «*Gründe [...] intersubjektiv nachvollziehbar*».

⁵⁷ For this common criticism, see *e. g.* Kunz (2009, p. 582-583).

to overlook that there is no such thing as mere intuitive decisions without prior reflection, especially after an intense process of deliberation guided by evidentiary instructions. Equally one must not confuse the lack of giving reasons with the lack of actual reasoning, the latter being part of any deliberative decision-making process. The reverse of the jury criticism is the extreme trust in the professional judge as an intellectual authority only guided by logic and reason (Küper, 1967, p. 243 ff., 303), an understanding which also informs the reading of the current § 261 stop (p. 300-301) (which, as we have seen, is based on the 1846 Prussian Law quoted above).

Once the adjudicator's conviction, either purely subjective or *raisonnée* (intersubjectively articulated), was recognized as the relevant factor in the process of evaluation of evidence the positive theory of legal proof could no longer be maintained for it may force the judge to decide against his conviction (Küper, 1967, p. 132, 229-230; Schmitt, 1992, p. 151; Damaška, 2019)⁵⁸—in line with the Roman-canon maxim that the judge should adjudicate in line with the proof instead of his conscience⁵⁹. In fact, already the old system provided for alternative ways of imposing more lenient sanctions or the so-called extraordinary punishments on the basis of indicia or mere suspicion (*Verdachtsstrafe*) if the judge was convinced of guilt but the necessary legal proof did not exist (Jerouschek, 1999, p. 498-499, 501; Schmitt, 1992, p. 144-145; Hoyer, 1993, p. 526; Kunz, 2009, p. 579; Damaška, 2019, p. 105 ff., 114)⁶⁰. At any rate, any evidentiary system relying on the adjudicator's conviction cannot set aside this conviction by formal rules of evidence; at best, it may admit such rules *besides* the conviction as long as the latter prevails. While this was the core idea of the negative/mixed theory of proof, as shown above⁶¹, this approach too lacks an explanation as to *how personal conviction and formal rules should be reconciled*⁶². Another compelling argument against any theory of legal proof was submitted by von Savigny in his already mentioned memorandum⁶³. In essence, he argued that the complex process of forming a persuasion with regard to a certain fact is informed by a mixture of rules of human experience, nature and logic, and depends on so many elements, not least the circumstances of the individual case, that it cannot be captured by general

⁵⁸ Damaška (2019, p. 49 ff.): «Convicting the innocent and acquitting the guilty»; but see also: recapitulating that the judge was not forced «to impose punishment on defendants he believed were innocent», «both objective legal proof and the judge's belief in its probative value» was required (p. 113).

⁵⁹ Cf. Damaška (2019, p. 55): «*Iudex iudicat secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*».

⁶⁰ On the French law in this regard, see Westhoff (1955, p. 110); on the use of circumstantial evidence (indicia) and extraordinary punishments in the context of the abolishment of torture in the 18th century, Ignor (2002, p. 165 ff., 254-255).

⁶¹ This is true for those variations of the theory which accepted the prevalence of the adjudicator's conviction in case of conflict with the formal rules of evidence.

⁶² Cf. Walter (1979, p. 66-67); crit. also Schulz (1988, p. 144): either redundant if the relevant object itself produces the truth and thus is self-explanatory or harmful if it imposes a—wrong—decision against the personal conviction of the judge.

⁶³ *Supra* note 43.

and abstract rules (Von Savigny, 1858, p. 469-491)⁶⁴. In other words, the process of forming a persuasion is too complex as to be forced into the straight jacket of any theory of legal proof, be it positive or negative.

This does not mean, of course, that the assessment of evidence would/should follow no rules at all. In fact, one of the key features of the reform process was the limited trust or even distrust in professional judges, their lack of independence vis-à-vis the executive power and the ensuing risk of an arbitrary assessment of the evidence⁶⁵. Indeed, it is a common pattern of authoritarian regimes to use the judiciary in their repression of any dissident voices (Nobili, 2001; Nieva Fenoll, 2021)⁶⁶ and any formal rules guiding judicial evaluation of evidence or their work in general only pose obstacles in that regard⁶⁷. It is for this reason that the theory of legal proof was long considered as the only efficient protection against judicial arbitrariness (Küper, 1967, p. 134-135; Damaška, 2019, p. 20)⁶⁸ and, from this perspective, the introduction of free evaluation as its extreme and dangerous reverse (Schmitt, 1992, p. 171). Thus, most scholars never understood the abolishment of legal proof as entailing a completely free evaluation, devoid of any rules, but rather that these rules continued to exist in an unwritten form, as product of the «general laws of thought, experience and knowledge of human nature» and as such had to be applied by the judges «themselves» (Von Savigny, 1858)⁶⁹. Some scholars even tried to develop a proper «scientific» law of evidence with its own rules of thought, logic and experience, heavily inspired by the English model⁷⁰. In addition, the reformed inquisitorial procedure offered

⁶⁴ Von Savigny (1858, p. 486): «Das, was wir Gewissheit einer Thatsache nennen, beruht auf so vielen einzelnen, in ihrer Zusammenwirkung nur dem einzelnen Fall angehörenden Elementen, dass sich dafür gar keine wissenschaftlichen allgemeinen Gesetze geben lassen». For a discussion, see Küper (1967, p. 236 ff.); briefly Schmitt (1992, p. 158); in the same vein, Frisch (2016, p. 709).

⁶⁵ Nobili (2001, p. 102 ff.) stressing the importance of legal bounds by way of the legality principle. Nieva Fenoll (2021, p. 62-63) points out that rules of legal proof were introduced in the 12th and 13th century because of the lacking quality of the judges at that time who—as delegates (and often friends) of the nobility—were neither independent nor equipped with the necessary expertise since they only had a rudimentary legal education and were wholly unfamiliar with trade dispute.

⁶⁶ On the judiciary's role during the NS-regime, see Ambos (2019, p. 127 ff.).

⁶⁷ See for example on the positivist, fascist school of the 19/20th century which called for unlimited power of the judge to better use criminal law as an instrument of repression and considered formal rules (*Justizförmigkeit*) as an obstacle in that regard, Nobili (2001, p. 193 ff., 203 ff.). The social defense movement (*defence social*) also called for a new «rational» interpretation of free evaluation as basis for the unlimited truth-seeking power of the inquisitorial judge, free from the dialectical contest of the parties, cf. Nobili (2001, p. 205 ff., 208 ff.).

⁶⁸ Damaška (2019, p. 20): «Roman-canon legal proof rules emanated from concerns about the unchecked exercise of judicial powers...».

⁶⁹ «Der Unterschied zwischen Richtern mit und ohne Beweistheorie besteht lediglich und allein darin, daß in letzterem Fall dem Richter selbst die Auffindung und Anwendung der Beweisregeln, welche die allgemeinen Denkgesetze, Erfahrung und Menschenkenntnis an die Hand geben, überlassen wird» (p. 484).

⁷⁰ Cf. Küper (1967, p. 240 ff.) and Schmitt (1992, p. 169 ff.) in particular referring to the unsuccessful attempts by Arnold and Ortloff modeled on the English law.

other means of control by way of the principles of publicity and orality applicable at trial which produced the evidence which served as the basis of verdict⁷¹.

3. THE CURRENT SYSTEM, ESPECIALLY THE STANDARD OF PROOF

While it is true that the current system is based on the historical precedents, it is equally true that the historical development has not been linear. There seems to be no authentic, clear meaning of the (free) judicial decision-making process in historical terms (Nobili, 2001, p. 20); rather, there was a back and forth of freeing the adjudicator from any constraints—moving from legal proof to free evaluation—but on the whole no system was pure in the sense of either rule-bound or absolutely free⁷². Arguably, «no sharp-edged contrast» existed between the pre- and postrevolutionary adjudicator in terms of his «freedom from normative interference» (Damaška, 2019, p. 138). While the historically most important continental systems follow the common pattern of free and, arguably, reasoned evaluation of evidence, the key provisions are not identical⁷³. If the current German law speaks, under the heading of the «principle of the free judicial evaluation of the evidence», of a «free conviction derived from the totality of the trial»⁷⁴, it already follows from the historical precedents that the process forming this conviction has never been (totally) free, *i. e.* the freedom has always been rule-bound, if only by the rule of reason (Jerouschek, 1992, p. 497; Fezer, 1995, p. 95-96, 100-101). While the precise boundaries of this freedom are difficult to draw and perhaps even more difficult to explain, it can fairly be said that the current model moves somewhere between the former legal proof and the free evaluation principles.

First of all, there is the formal legal framework which, apart from substantive criminal law rules⁷⁵ and the prohibitions to use certain evidence (belonging to the level

⁷¹ See *e. g.* Von Savigny (1858, p. 486) possible protection by legal proof unnecessary in case of a public and oral trial; also Schmitt (1992, p. 157-158).

⁷² Cf. Damaška (2019, p. 126): «... both schemes produced fact-finding arrangements in which the evaluation of evidence is neither entirely bound by rules nor entirely free from them».

⁷³ Cf. Art. 353 CPC; see also Art. 427:

Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction.

Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.

For Germany, see § 261 StPO. In Italy the free evaluation has been recognized by the case law and the Codice di Procedura Penale allows for a guilty verdict if there is no more reasonable doubt (Art. 533 [1] CPP: «... l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio») and gives some guidance for the evaluation of evidence in Art. 187 ff., with Art. 192 (1) requiring «motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati».

⁷⁴ Supra note 45.

⁷⁵ Some offence descriptions (*Tatbestände*) limit or regulate the free evaluation of the judge, *e. g.* § 231 StGB where the aggravated result (death or serious injury) as a consequence of a brawl does not

of the production of evidence and therefore, as already said above, not included in this little inquiry), may still provide for (mostly negative) legal proof rules, see for example the (German) rule on the evidentiary force of the trial record⁷⁶ or the *testis unus testis nullus* rule⁷⁷. This rule is perhaps the most important example of a negative rule with inquisitorial origins⁷⁸ which continues to exist not only in domestic systems⁷⁹ but is also discussed by the European Court of Human Rights in the context of Article 6 of the Convention⁸⁰. Indeed, negative legal proof as defined above—a kind of minimum standard for conviction—still has a role to play in modern criminal justice systems and it has recently been forcefully argued that «well-chosen negative proof rules could be useful in contemporary procedural systems» (Damaška, 2019, p. 5)⁸¹. In addition, the official (judicial) duty to inquire/clarify, mentioned at the beginning of this paper⁸², limits the free evaluation in that the judge may only evaluate the complete (exhaustively inquired) evidence, *i. e.*, s/he must not prematurely start with the evaluation before having established the complete (evidentiary) picture (Fezer, 1995, p. 97).

More importantly there are *unwritten rules* developed by an expansive appeals jurisprudence which turn the «free conviction» into a sort of «*conviction raisonnée*», quite like the one we know from the historical precedents. Trial judges are supposed to follow rules of reason as expressed by the laws of thought, logic and experience, as

need to be attributed to a concrete participant in the brawl; *cf.* Baur (2019, p. 123-124) with more examples; see also Bülte (2014, p. 603-612, at 603 ff.).

⁷⁶ § 274 StPO: «Die Beobachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig».

⁷⁷ For other procedural rules, *cf.* Baur (2019, p. 124-126): referring, *inter alia*, to the actual trial as the basis of judicial conviction (§ 261 StPO: «*Inbegriff der Hauptverhandlung*») and the rights to tender evidence according to §§ 244 II-VI, 257, 258 StPO).

⁷⁸ See *e. g.* Law XXXII of title XVI of the Third Partida of the *Siete Partidas*, issued by Alfonso X in the 13th century (English edition by Robert I. Burns and Samuel Parsons Scott, University of Pennsylvania Press [2001]). It can also be traced to the two-witness rule of the Carolina, *supra* n. 14 with main text.

⁷⁹ See *e. g.* sect. 342, § 2 Dutch Criminal Procedure Code («The court may not find there is evidence that the defendant committed the offence [...] exclusively on the basis of the statement of one witness.»).

⁸⁰ In the current Application no. 1618/18 (*cf.* Statement of Facts of 21 November 2021) the Court refers to earlier decisions in *L.N. v. Netherlands* and *Adamčo v. Slovakia* where the question is posed of whether «a hearing [can] be qualified as fair if it results in a conviction which relies on [...] uncorroborated testimony of a single accomplice witness who has been granted immunity from prosecution (see *Adamčo v. Slovakia*, no. 45084/14, §§ 53-71, 12 November 2019)». From *Adamčo* it can be inferred that a single (decisive) witness alone does not suffice for a conviction but only if his/her testimony has been «accompanied by appropriate safeguards» (para. 71).

In contrast, in international criminal procedure the rule is generally rejected with a view to the free evaluation principle, see Ambos (2016, p. 473).

⁸¹ Damaška (2019): «Bright future» of negative legal proof (p. 145) and calling for such rules «based on scientific insight...» (p. 146-147) which «should be treated as small steps in the direction of the true [...] ideal of the rule of law in the sphere of forensic fact-finding» (p. 147).

⁸² *Supra* note 3 and main text.

once espoused by von Savigny, when evaluating «freely» the evidence and explaining their findings in the judgment (Schmitt, 1992, p. 173 ff.; Küper, 1967, p. 293 ff.; Sarstedt, 1968, p. 176 ff.; Jerouschek, 1992, p. 505 ff.; Fezer, 1995, p. 97-98; Kunz, 2009, p. 576-577). These rules have been elaborated and refined by a highly sophisticated case law of the German Supreme Court (*Bundesgerichtshof*, BGH) within the framework of its extended appellate control (*erweiterte Revision*, *Darstellungsrüge*)⁸³. While one may still characterize the process of evidentiary evaluation as an «act of personality» (*Persönlichkeitsakt*) (Peters, according to Küper, 1967, p. 297), an «experience of certainty» (*Gewißheitserlebnis*) (Fezer, 1995, p. 99) or a creative «value based act» (*Bewertungsakt*) (Nobili, 2001, p. 52)⁸⁴ it has been rationalized, *i. e.*, the former mainly subjective approach to judicial conviction, albeit not fully displaced, has been complemented by objective criteria⁸⁵, indeed, by a sort of judge made (negative) rules of evidence (*richterrechtliche Beweisregeln*) (Jerouschek, 1992, p. 513-514)⁸⁶. Clearly, while the personal, intuitive conviction of the judge is the starting point of any evaluation—for the simple fact that it is the concrete person in his/her role as adjudicator who has to assess the evidence—, it is not enough but must be complemented by convincing reasons to pass the test of appellate control. Thus, the evaluation of the evidence must be intersubjectively plausible⁸⁷ and convincing for an external observer which may, in exceptional cases, be an appellate court (*Drittkontrollmodell*) (Walter, 1979, p. 147-148, 165 ff.)⁸⁸. While the BGH being this court in the German context, had in the early days of its existence advocated a subjective approach relying on the personal conviction of the judge alone⁸⁹, a few years later

⁸³ See *e. g.* Roxin and Schünemann (2017, § 55, mn. 26 ff., p. 32). Contrary to the earlier, more restrictive position where the *Revision* was limited to legal errors, *cf.* Küper (1967, p. 301-302); Schmitt (1992, p. 168-169); Walter (1979, p. 316 ff.). Crit. on the (extended) scope of appellate control Baur (2019, p. 126-128).

⁸⁴ «*Feinsinnig kreativer*» *Bewertungsakt*.»

⁸⁵ Walter (1979, p. 136 ff., 165-166) speaks of a neonegative theory where the subjective conviction is complemented with objective criteria; Jerouschek (1992, p. 514) speaks of a «*Entsubjektivierung der freien Beweiswürdigung*»; Fezer (1995, p. 99) speaks of a «*Gegenseitigkeitsverhältnis*» between the «objective, rational act of cognition and the subjective-individual experience of certainty». See also Sander (2021, § 261 mn. 1, 4, 7, 13-14, 44 ff.): duty to rational evidence assessment. Critical of the possibility of an objectification of the assessment of evidence in a system of free evaluation Frister (1999, p. 169): concluding that the evidentiary assessment «always amounts to a personal judgment» («*stets ein persönliches Urteil*», [p. 180]) and one needs to be aware of the «necessarily personal nature of the formation of a conviction» (p. 187); similarly Velten (2016, mn. 6).

⁸⁶ More recently Geipel (2021, p. 27): «*Tatsächlich bestehen auch aktuell eine Fülle an "Beweisregeln", die allerdings nicht so genannt werden. Beispielsweise ist für eine freie Beweiswürdigung kein Platz mehr, wenn eine Blutalkoholkonzentration von 1,1 Promille besteht und die Frage geklärt werden soll, ob eine absolute Fahruntüchtigkeit bestand*».

⁸⁷ *Supra* note 55. From a current perspective, see Sander (2021, mn. 1, 4, 14): «*intersubjektiv nachvollziehbar*».

⁸⁸ Walter (1979) distinguishing between a neonegative and neopositive variation and arguing that both forms are in contradiction with the law (p. 172).

⁸⁹ BGH, Judg. Of 21 May 1953, 3 StR 9/53, mn. 6 («*Für die Verurteilung ist notwendig, aber auch genügend, daß der Sachverhalt für den Tatrichter zweifelsfrei feststeht; diese persönliche Gewißheit ist allein*

it established a minimum standard of reasoning to be able to review trial judgments asking the trial judge to «seamlessly connect» the relevant pieces of (circumstantial) evidence and «assess [them] taking into account all relevant aspects»⁹⁰. In the last decades then the case law has increasingly rationalized the process of evaluation of evidence whereby the personal (internal) conviction of the judge must find support in objective (external) criteria or circumstances⁹¹.

As to the *degree of conviction*—the standard of proof informing the intime (free) conviction of the adjudicator—one must start from the assumption that the human mind can never fully capture the truth of things and, more concretely with regard to our topic, that the material (absolute) truth, understood as certainty (positive knowledge), can never be achieved with the available means of evidence⁹². Indeed, already the medieval jurists were aware of the impossibility to establish objective truth by way of legal proof (Damaška, 2019, p. 28)⁹³ and the conversion of «truth» to some sort of high «probability» in the postrevolutionary, Enlightenment period prepared the ground for the move from legal proof to free evaluation and the admission of circumstantial evidence (Ignor, 2002, p. 167 ff., 185 ff.). Thus, the adjudicator may only find, if at all, the procedural (relative) truth, *i. e.*, the truth s/he is able to reconstruct with the available means of proof⁹⁴ and s/he is ultimately convinced of (*Wahrheitsüberzeugung*) notwithstanding certain remaining—insofar irrelevant—doubts (Walter, 1979, p. 134-135, 147-148; Fezer, 1995, p. 99)⁹⁵. In the words of the German Civil Procedure Code, the adjudicator may consider a certain factual affirmation as true or false⁹⁶. Thus, the standard of proof is some degree of probability as to the truth (*Wahrheitswahrscheinlichkeit*) of a certain fact (Kunz, 2009)⁹⁷,

entscheidend. Denn das Wesen der freien Beweiswürdigung besteht nicht nur in der Freiheit von gesetzlichen Beweisregeln, sondern auch in der Freiheit der Entschliessung bei der Beantwortung der Schuldfrage gegenüber objektiv an sich möglichen Zweifeln» [emphasis mine.]; in the same vein Judg. Of 9 February 1957, 2 StR 508/56, in BGHSt. 10, 208, at 209. Crit. Fezer (1995, p. 96).

⁹⁰ BGH, Judgment of 18 Dec. 1958 – 4 StR 399/58, in BGHSt. 12, 311, at 312 (Second guiding principle/headnote: «Gibt der Tatrichter die für seine Überzeugungsbildung verwerteten Beweisanzeichen in den Urteilsgründen an, so muss er sie im Urteil lückenlos zusammenfügen und unter allen für ihre Beurteilung maßgeblichen Gesichtspunkten würdigen».).

⁹¹ Cf. Hoyer (1993, p. 532 ff.). Quoting case law since the 1980s.

⁹² Cf. Reichsgericht, Judg of 15 February 1927 - I 2/27, in RGSt. 61, 202, at 206 («*Ein absolut sicheres Wissen ... ist der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit überhaupt verschlossen*»); in the same vein BGH, supra note 88. See also Walter (1979, p. 134-135, 147); Hoyer (1993, p. 534).

⁹³ Damaška (2019): yet, they wrongly believed that truth can be established by «direct sensory apprehension» ignoring that it entails «a degree of inferential elaboration» (p. 30).

⁹⁴ On the concept of procedural truth see Kunz (2009, p. 577-578): arguing that the agency is not scientifically established but normatively ascribed («*normativ zugeschrieben*»).

⁹⁵ Fezer (1995, p. 99): overcoming of doubts. Baur (2019, p. 121) speaks of a lowering of the threshold of conviction to a practicable level («*die Absenkung der für eine Verurteilung notwendigen Überzeugungs- und Verurteilungsschwelle auf ein praktikables Maß.*»).

⁹⁶ See § 286 (1) ZPO: «*Tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.*»

⁹⁷ Kunz (2009): «*Subjektive Ausrichtung [...] am Ziel der objektiven Wahrheit...*» (emphasis in the original) (p. 576); «*die von einer genügenden objektiven Wahrheitswahrscheinlichkeit getragene Wahr-*

with criminal procedure requiring a higher probability than a mere preponderance of evidence, coming close to certainty (Kunz, 2009; Frisch, 2016; Sander, 2021)⁹⁸. This is nothing else than the degrees of probability already discussed in the postrevolutionary period, influenced by the concept of «moral certainty» and informed by the idea of a specific legal certainty (*fides iuridica*) entailing a high degree of probability (*summa verisimilitude*) (Ignor, 2002)⁹⁹. While the concept of moral certainty is no longer in use by current writers but at best be attributed to historical sources¹⁰⁰, it corresponds in essence to the nowadays required personal (intuitive, emotional) certainty of the judge¹⁰¹.

Unsurprisingly then the German Supreme Court of the Empire (*Reichsgericht*) spoke of a «probability bordering on certainty»¹⁰² and the BGH (only) requires a «personal certainty» of the judge, a «subjective considering-for-true»¹⁰³. But, as already said above, this originally highly subjective standard has been complemented

heitsüberzeugung» (p. 592); Walter (1979, p. 190, 351). Nieva Fenoll (2021) argues that one should abandon (even today's) standards of proof (p. 61) since they are not scientific («mit den Standards hat es nichts wirklich Wissenschaftliches auf sich, denn sie beschreiben insoweit nicht die Wirklichkeit sondern nur eine psychologische Überzeugung [der Wirklichkeit]» (p. 58) and too subjective (p. 59 ff.); instead, he suggests to treat the evaluation of evidence merely as a decision based on reason («Beweiswürdigung als Begründung der Vernunft zu behandeln» [p. 62]), i. e. the judge should build hypotheses and exclude the ones that seem unreasonable (which, at any rate, would be a strategy but not a standard since it could not be explained as precisely as it would be necessary for a standard (p. 61).

⁹⁸ Kunz (2009, p. 594): «An Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit»; Frisch (2016, p. 710-711): although critical of the concept of probability; Sander (2021, p. 7, 14): objective high probability.

⁹⁹ Referring to *Boehmer, v. Leyser*, Beccaria and Mittermaier (p. 167 ff.); referring to Filangieri, Globig, Huster, von Soden (p.185 ff.).

¹⁰⁰ See e. g. the reference to *v. Leyser* by Ignor (2002, p. 167-168): «Ad corpus delicti certitudo moralis, qualis in rebus humanis haberi potest, non mathematica et absoluta, requiritur»; see also Baur (2019, p. 122 with fn. 38).

¹⁰¹ Cf. Paulus (2008, 243-65) dominant opinion concurs in substance with moral certainty (p. 246-247); Frister (1999, p. 169) referring to Beccaria talking of «moral certainty» (p. 175 with fn. 28) and stating: «Aussicht auf eine überzeugende Begründung der Verurteilungsvoraussetzung persönlicher Gewißheit besteht deshalb nur dann, wenn man die persönliche Gewißheit im Anschluß an die von Beccaria begründete Tradition als "gefühlsmäßige" oder – m.E. treffender – "intuitive" Erkenntnis interpretiert» (p. 176); in the same vein Taruffo (2003, p. 667): «moral certainty» as expression of emotional, personal belief embodied in intime conviction. See also Sander (2021, mn. 8) with a statement very similar to the one of *v. Leyser* quoted in the previous fn. («Die richterliche Überzeugung setzt keine mathematische, jede theoretische Möglichkeit eines Zweifels ausschließende objektive Gewissheit, [...] insbesondere auch keinen "zwingenden Beweis" voraus. Ein ausreichendes Maß an Sicherheit, demgegenüber vernünftige Zweifel nicht mehr laut werden können, genügt als Grundlage der Überzeugung.»); in a similar vein Miebach (2016, mn. 59-60); Eisenberg (2017, mn. 89-90).

¹⁰² Reichsgericht, Judg of 20 Dec. 1886 - Rep. 2779/86, in RGSt 15, 151, at 153 («an Gewißheit angrenzender Grad von Wahrscheinlichkeit»); Judg of 14 March 1932 - III 52/32, in RGSt 66, 163, at 164 («an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit»); in the same vein BGH, Judg. of 9 February 1957, supra note 88, 210.

¹⁰³ BGH, supra note 88 («persönliche Gewißheit»); Judg of 3 Febr. 1983 - 1 StR 823/82, in NStZ, 1983, 277 («es kommt darauf an, ob das Gericht nach der gesamten Beweislage einen bestimmten Sachverhalt für wahr hält»).

by objective elements, bringing the reasoning and reasonability to the fore and expanding appellate control by a set of highly sophisticated rules based on the laws of logic, experience and scientific findings¹⁰⁴. Thus, one may speak of a personal conviction with a rational, objective substructure (Sander, 2021, mn. 14), a «considering-for-true based on or pursuant to reasons» (Frisch, 2016, p. 711)¹⁰⁵. Attempts to define the standard more precisely, especially by taking recourse to mathematical or statistical methods (Hoyer, 1993, p. 537 ff.)¹⁰⁶, have never found much support. While the recourse to these methods is admissible¹⁰⁷, they are not necessary since mathematical certainty is not required¹⁰⁸. In addition, they face serious objections, not only for their underlying decisionist rationale¹⁰⁹ and the ensuing limitations of judicial discretion (Kunz, 2009, p. 603), but mainly because they cannot substitute the intersubjectively valid and discursive reasoning which should underlie any trial judgment¹¹⁰.

To exclude the judge's conviction, *remaining doubts* have to be real and relevant, *i. e. reasonable*, not merely personal¹¹¹. Thus, the actual standard of proof corresponds, in essence, to the above-mentioned BARD standard¹¹². This is also confirmed by the case law's repeated reference to «reasonable doubts» which entail the negation of the necessary high probability as to an alleged fact¹¹³. Where the adjudicator cannot

¹⁰⁴ For a more detailed analysis of this case law the reader may consult any of the standard *StPO* commentaries, see *e. g.* Sander (2021, mn. 47 ff.); Franke (2013, mn. 94 ff., 138 ff.); Miebach (2016, mn. 61 ff.); Knauer and Kudlich (2019, mn. 102 ff.).

¹⁰⁵ «Für-wahr-Halten aus Gründen.»

¹⁰⁶ Hoyer (1993): at least 96% of probability of guilt (p. 541), 96% of agreement by respective experts with regard to a certain evidential proposition (p. 543), 96% conviction of judge (p. 546); Kunz (2009): referring to mathematical and probabilistic reasoning in both civil and common law of the 19th century (p. 573); discussing the Bayes theorem (p. 596 ff.); discussing numerical fixations (p. 600 ff.).

¹⁰⁷ BGH, Judg of 21 March 2013 - 3 StR 247/12, in BGHSt. 58, 212, at 214.

¹⁰⁸ BGH, Judg of 21 March 2013 - 3 StR 247/12, 215; Judg. of 6 August 2013 - 1 StR 201/13, mn. 27.

¹⁰⁹ Cf. Frisch (2016, p. 710) determination of a certain degree of sufficient certainty—90%, 95% or 98%—appears arbitrary and amounts to pure decisionism.

¹¹⁰ See also Kunz (2009, p. 603 ff.) while dismissing concerns of a fear of «mathematization» ultimately advocating a discursive reasoning; crit. also from a comparative perspective Taruffo (2003, p. 663-664, 669-670).

¹¹¹ Cf. Damaška (2019, p. 136); also Frisch (2016, p. 712): serious/reasonable doubts as to a hypothesis to be proven; Walter (2006, p. 340-349): concrete and practical, not merely abstract and theoretical possibility of another factual course of events (p. 347-348); Sander (2021, mn. 8): «*Reale, d.h. rational hergeleitete Zweifel*».

¹¹² See also Kunz (2009, p. 572). Considering that the concept is also familiar in civil law systems and makes «reason as the prerequisite of penal justice» («*Vernunft als Voraussetzung der Strafgerechtigkeit*») (p. 595-596).

¹¹³ See *e. g.* BGH, in Holtz (1979, p. 637): «*Ausreichendes Maß an Sicherheit [...] demgegenüber vernünftige Zweifel nicht mehr laut werden...*»; Judg of 4 April 1990 - 2 StR 466/89, in *NJW* 1990, 2073, at 2074 (no high probability where «reasonable doubts» remain). See also Sander (2021, mn. 8). Crit. Hoyer (1993, p. 535 ff.): arguing from the perspective of a «scientific doctrine of probability» that high probability cannot be defined by taking recourse to different degrees of doubt but that rather, to

overcome these doubts, the ensuing situation of a *non liquet* is resolved by the *in dubio* principle, to be understood as a mere decision rule¹¹⁴. As a result, the difference between civil and common law seems to be reduced to the sort of the adjudicatory organ (jury vs. professional judge or mixed panel) and the lack/obligation of reasoning which in turn determines the possibility of appellate control¹¹⁵.

4. OTHER CONSIDERATIONS

4.1. Justification of the Standard

As we have seen the standard required for a conviction is high. Indeed, it has already been stressed in the reform debate of the early 19th century that the decision on guilt or innocence is of such importance—not only for the person concerned but also for society at large—that everything must be done to avoid or at least reduce to the maximum extent possible erroneous convictions of the innocent¹¹⁶. This view continues to be valid today with contemporary writers stressing the need to reduce the serious risk of miscarriages of justice (Frister, 1999, p. 169 ff.)¹¹⁷ and the judge's responsibility to make sure that the judgment would also be acceptable if rendered against him- or herself (Velten, 2016)¹¹⁸.

the contrary, a reasonable doubt is to be determined by way of a probability standard («*orientiert sich vielmehr an der objektiven Wahrscheinlichkeit*» [emphasis in the original]).

¹¹⁴ Cf. Zopfs (1999, p. 328 ff., 330-331, p. 334) considering *in dubio* as an autonomous decision rule («*Entscheidungsregel*») based on Roman Law and the *ius commune* and an expression of a principle of justice supported by the century-old idea that it is more just not to inflict harm (even if it were right/justified) than to inflict harm without right/justification. See also Stuckenberg (2006, p. 345).

¹¹⁵ Similarly Kunz (2009, p. 592): «... *Vorgaben für eine möglichst rationale, auf Missbräuche überprüfbare Tatsachenermittlung in kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Rechtskreisen auf ähnliche Weise gestaltet sind. [...] Jedenfalls in der westlichen Welt die Gerichtspraxis in ihrer professionellen Routine auch jenseits der normativen Vorgaben ähnliche oder zumindest vergleichbare Beurteilungsstandards wählt.*»; Damaška (2019, p. 141-142).

¹¹⁶ Cf. Feuerbach (1813): «*Entscheidung über Schuld und Nichtschuld [...] eine der folgenreichsten Handlungen; wenn sie sich auf Wahrheit gründet, eine heilige Handlung der Gerechtigkeit, wenn sie auf Irrthum ruht, ein unendlicher durch nichts zu vergütender Frevel*» (p. 131); calling for rules of evidence in order to eliminate «*die Gefahr der irrigen Ueberzeugung*» (p. 132). Mittermaier (1834, p. 76): «*effectiveness (Wirksamkeit) of [...] sentence depends on the general trust that only the truly guilty will be convicted*» («*allgemeinen Vertrauen, dass nur der wahrhaft Schuldige verurtheilt werde*»).

¹¹⁷ Frister (1999): reduction of risk of error («*Fehlurteilungsrisiko*»), avoid conviction of innocent (p. 186)

¹¹⁸ Velten (2016, mn. 6): court must «*Urteil [...] nicht nur gegen den Angeklagten, sondern auch gegen sich gelten lassen...*»; Stuckenberg (2013, mn. 22-23): judge must assume responsibility re decision and risk of error.

4.2. Proof of Defenses?

As explained at the beginning of this paper the adjudicator in an inquisitorial system has the obligation to inquire/clarify all the relevant facts to find the truth. This does not only refer to the elements of an offence but also to grounds excluding responsibility («defenses»), especially causes of justification and excuse. Thus, there is no burden on the defense to prove (affirmative) defenses as known in adversarial systems. For example, a defendant who killed the victim in self-defense did not act unlawfully and thus must be acquitted. It is the responsibility of the State (prosecutor, judge) to make sure that such an exclusionary ground does not exist. I note in passing that the abandonment of the burden of proof regarding defenses was another consequence of the abolishment of the legal proof. Mittermaier still discussed the issue in 1834¹¹⁹, but with the introduction of the free evaluation based on the judge's personal conviction and his duty to inquire, it was now the court which had to prove «itself» (Bennecke and Beling, 1900)¹²⁰.

Thus, there is no formal burden of proof on the defense. However, it would certainly be recommendable for the defense to present the facts indicating a possible exclusionary ground since the prosecutor/judge may not fully comply with its obligation to inquire. Indeed, s/he may not be able to do so since s/he does not know of any facts or circumstances which point in the direction of such a ground. Thus, one may speak, as a factual matter, of a burden of presentation/allegation of the defense (*Behauptungslast*) (Walter, 2006, p. 340) based on what already Glaser (1883) identified as a «factual interest» (*sachliches Interesse*) resulting in a «factual burden» (*factische Beweislast*) to produce certain evidence, *i. e.* a sort of «evidentiary interest» (*Beweisinteresse*) (p. 102)¹²¹; one could also call this a strategic or tactical burden. Indeed, the BGH requires «real indicia» for events favorable to the accused¹²² and s/

¹¹⁹ «In wie ferne kann von einer Beweislast im Strafprocesse die Rede sein?» (Mittermaier, 1984, p. 141).

¹²⁰ § 84 I, 329-30: «Im Strafprozess "beweist" also das Gericht sich selbst [...] Demgemäss giebt es im Strafprozess keine Behauptungslast und keine (formelle) Beweislast, derzufolge die Rollen von Beweisführer und Beweisgegner unter die Parteien verteilt wären, und folgerecht auch keine "Beweisfähigkeit". [...] Die Unterscheidung von "klagebegründenden Thatsachen", "Einredethatsachen" u.s.w. hat in (sic!) Strafprozess keine Stätte».

¹²¹ «Denn es kann keine Thatsache im Strafprozess zur Sprache kommen, bezüglich deren nicht ein sachliches Interesse einer Partei in einer bestimmten Richtung und eine Gefährdung dieses Interesse durch einen etwaigen Missgriff des Richters anzunehmen ist; und insofern von der Annahme oder Nichtannahme einer bestimmten Thatsache die eine oder andere Partei eine Gefährdung zu besorgen hat, erscheint bezüglich einer jeden solchen Thatsache die eine Partei als Beweis-Interessent...»

¹²² BGH, Judg of 3 July 2014 - 4 StR 137/14 («Für ihn vorteilhafte Geschehensabläufe sind vielmehr erst dann bedeutsam, wenn für ihr Vorliegen reale Anhaltspunkte erbracht sind und sie deshalb nach den gesamten Umständen als möglich in Betracht kommen»); BGH, judgement of 11 April 2002 - 4 StR 585/01, in NStZ RR 2002, 243 («Vielmehr berechtigen nur vernünftige Zweifel, die reale Anknüpfungspunkte haben, den Tatrichter zu Unterstellungen zu Gunsten des Angeklagten.»); BGH, judgement of 13 December 2012 - 4 StR 177/12, in NStZ-RR 2013, 117 («Alternative, für den Angeklagten günstige Ges-

he acts in his/her «own responsibility» to make a possible exclusionary ground a live issue in the criminal process¹²³.

5. CONCLUSIONS

It has been demonstrated that «intime conviction», constituting a method to assess the evidence, entails a concept of conviction which comes close to certainty, leaving no reasonable doubts. In other words, the best possible explanation of certain facts is good enough to be considered as true (Kunz, 2009, p. 590)¹²⁴. Thus, the necessary conviction is informed by the BARD standard.

This standard exists independent of whether the adjudicator is a professional judge or a jury. The traditional criticism against a jury (also voiced in its traditional rejection in Germany), namely its lack of giving reasons and therefore operating as a sort of blackbox is overstated in relation to the supposed reasoning of a professional judge. Surely, not giving reasons is not the same as a lack of reasoning. Quite to the contrary, the process of deliberation between the (12) jurors cannot take part without reflection and reasoning. One could even argue that it is a better guarantee to find the truth as the limited process of deliberation between professional judges, part of a mixed panel (composed of lay people and professionals), of an exclusively professional panel or—even worse—acting in their single capacity as single judges. In the latter case they can only deliberate/discuss with colleagues not sitting on the case.

As to possible rules of evidence it is clear that they never have been completely abolished. While such rules usually do not exist as formal written (Roman canonic) rules in the sense of the old inquisitorial process, they exist at least as judge made rules. In this sense, the (completely) free evaluation can be considered as only second-best solution (Damaška, 2019, p. 146) with a set of (unwritten and/or negative) rules

chehensabläufe sind erst dann bedeutsam, wenn für ihr Vorliegen konkrete Anhaltspunkte erbracht sind und sie deshalb nach den gesamten Umständen als möglich in Betracht kommen. 3. Unterstellungen zum Vorliegen einer Notwehrsituation sind ebenfalls nur gerechtfertigt, wenn es dafür reale Anknüpfungspunkte gibt».

¹²³ BGH, judgement of 10 November 1961 – 4 StR 407/61, in BGHSt. 16, 389 at 391 («*Macht der Angeklagte von allen diesen Möglichkeiten keinen Gebrauch, etwa dadurch, daß er – wie hier – einen Teil seines Verteidigungsvorbringens im ersten Rechtszuge vorsätzlich zurückhält, so tut er das auf seine Gefahr und darf sich deshalb nicht darüber beschweren, daß er im folgenden Rechtszuge etwa keine Beweisanträge mehr stellen kann. Wer in der letzten Tatsacheninstanz versäumt hat, mögliche Beweisanträge zu stellen, kann diesen Fehler grundsätzlich auch nicht in der Revisionsinstanz durch Erhebung der Aufklärungsträge gutmachen, es sei denn, daß sich dem Tatrichter eine entsprechende Beweiserhebung unabhängig von dem Vorbringen des Angeklagten aufdrängen mußte.*»).

¹²⁴ «*Welche Ermittlungsprozeduren in welcher Intensität nötig sind, damit die unter Leistung dieses Aufwandes zu findende bestmögliche Erklärung gut genug ist, um jenseits eines vernünftigen Zweifels als wahr zu gelten.*»

as a necessary framework to control judicial arbitrariness¹²⁵. I note in passing that this is another area where the difference between a jury and professional judges seems to be overstated since, as has been shown above¹²⁶, already 19th century scholars acknowledged that a jury does not necessarily preclude any theory of proof.

BIBLIOGRAPHY

- Abegg, J. (1847). Betrachtungen über das Gesetz betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergerichte und dem Criminalgerichte zu Berlin zu führenden Untersuchungen, vom 17. Juli 1846. *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, 14, 103-35 and 155-87.
- Arzt, G. (1974). Zum Verhältnis von Strengbeweis und Freier Beweiswürdigung. In J. Baumann and K. Tiedemann (Eds.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters* (p. 223-37). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Baur, A. (2019). Die tatrichterliche Überzeugung. *ZIS*, 14, 119-129.
- Clermont, K. M. and Sherwin, E. (2002). A Comparative View of Standards of Proof. *AmJCompL*, 50, 243-75.
- Damaška, M. (1997). *Evidence Law Adrift*. Yale University Press.
- Damaška, M. (2019). *Evaluation of Evidence*. Cambridge University Press.
- Eisenberg, U. (2017). *Beweisrecht der StPO* (10th ed). C. H. Beck.
- Feuerbach, P. J. A. (1813). *Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht*. Philipp Krüll: Universitätsbuchhändler.
- Feuerbach, P. J. A. (1825). *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Vol. II: Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs*. Georg Friedrich Heyer.
- Fezer, G. (1995). Tatrichterlicher Erkenntnisprozess – “Freiheit” der “Beweiswürdigung”. *StV*, 95-101.
- Franke, U. (2013). § 337 StPO. In V. Erb, R. Esser, U. Franke, K. Graalman-Scheerer, H. Hilger and A. Ignor (Eds.), *Löwe Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Vol. VIII/2 (§§ 312-373a)* (26th ed., pp. 306-98). De Gruyter.
- Frisch, W. (2016). Beweiswürdigung und richterliche Überzeugung. *ZIS*, 11, 707-14.
- Frister, H. (1999). Persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozess. In E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister and W. Reiß (Eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald* (pp. 169-196). Nomos.
- Glaser, J. (1883). *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozess*. Duncker & Humblot.
- Hoyer, A. (1993). Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip «in dubio pro reo». *ZStW*, 105, 523-556.
- Ignor, A. (2002). *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*. Ferdinand Schöningh.
- Jarcke, C. E. (1826). Bemerkungen über die Lehre vom unvollständigen Beweise, vornehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen. *NACrim*, 8, 97-144.
- Jerouschek, G. (1992). Wie frei ist die freie Beweiswürdigung?. *GA*, 139, 493-515.
- Knauer, C. and Kudlich, H. (2019). § 337 StPO. In C. Knauer (Ed.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Vol. III/1* (1st ed.). C. H. Beck.
- Kunz, K. L. (2009). Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels. *ZStW*, 121, 572-606.
- Küper, W. (1967). *Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*. Walter de Gruyter & Co.

¹²⁵ On the argument in favour of negative rules, see already supra note 80.

¹²⁶ Supra note 39 and main text.

- Landau, P. (1987). Schwurgerichte und Schöffengerichte in Deutschland im 19. Jahrhundert bis 1870. In A. Padoa Schioppa (Ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900* (pp. 241-304). Duncker & Humblot.
- Miebach, K. (2016). § 261 StPO. In H. Schneider (Ed.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Vol. II (§§ 151-332 StPO)* (1st ed., pp. 1597-1758). C. H. Beck.
- Mittermaier, C. J. A. (1832). (1833). Die gesetzliche Beweistheorie in ihrem Verhältniß zu Geschwornengerichten. *NACrim*, 12, 488-518; *NACrim* 13, 120-140 and 280-303.
- Mittermaier, C. J. A. (1834). *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens*. Johann Wilhelm Heyer.
- Mittermaier, C. J. A. (1845). *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft*. J. G. Cotta'scher Verlag.
- Mittermaier, C. J. A. (1851). *Il Processo orale accusatorio e per giurati secondo le varie legislazioni*. Stefano Calderini e comp. Nicola Zanichelli e comp.
- Mittermaier, C. J. A. (1858). *Teoria della prova nel processo penale*. Libreria di Francesco Sanvito.
- Nieva Fenoll, J. (2021). Beweislast und Beweismaß. *ZZP*, 134, 41-65.
- Nobili, M. (2001). *Die freie richterliche Überzeugungsbildung*. Nomos.
- Paulus, R. (2008). Strafprozessuale Beweisstrukturen. In E. Weßlau and W. Wohlers (Eds.), *Festschrift für Gerhard Fezer* (pp. 243-265). De Gruyter Recht.
- Roxin, C. and Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil, Vol. I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5th ed.). C. H. Beck.
- Sander, G. M. (2021). § 261 StPO. In J.-P. Becker, V. Erb, R. Esser, K. Graalman-Scheerer, H. Hilger and A. Ignor (Eds.), *Löwe Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Vol. VII (§§ 256-295)* (27th ed., pp. 216-393). De Gruyter.
- Sarstedt, W. (1968). Beweisregeln im Strafprozeß. In E. Hirsch, *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch* (pp. 171-186). Duncker & Humblot.
- Schäfer, G., Sander, G. M. and Van Gemmeren, G. (2017). *Praxis der Strafzumessung* (6th ed.). C. H. Beck.
- Schmitt, B. (1992). *Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß*. Verlag Max Schmidt-Römhild.
- Schubert, W. (2011). *Von Savigny F. C., Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung*. Peter Lang.
- Schulz, J. (1988). Mittermaier und die freie Beweiswürdigung. In W. Küper (Ed.), *Carl Joseph Anton Mittermaier* (pp. 139-148). R. v. Decker & C. F. Müller.
- Sternberg-Lieben, D. and Schuster, F. (2019). § 15 StGB. In A. Schönke and H. Schröder (Eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (30th ed., pp. 247-338). C. H. Beck.
- Stuckenberg, C. F. (2013). § 261 StPO. In von Heintschel-Heinegg and Bockemühl, *Kommentar zur Strafprozessordnung* (pp. 1-102). Carl Heymanns Verlag.
- Taruffo, M. (2003). Rethinking the Standards of Proof. *AmJCompL*, 51, 659-677.
- Thaman, S. C. and Brodowski, D. (2020). Exclusion or Non-Use of Illegally Gathered Evidence in the Criminal Process: Focus on Common Law and German Approaches. In K. Ambos, A. Duff, J. Roberts, T. Weigend and A. Heinze (Eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice* (Vol. I, pp. 428-458). Cambridge University Press.
- Velten, P. (2016). § 261 StPO. In Wolter, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Volume V* (5th ed., pp. 1-122). Carl Heymanns Verlag.
- Von Justi, J. H. G. (1760). Anzeigung derjenigen Mängel unserer peinlichen Rechte, die aus einigen gemeinen Lehren der Rechtsgelehrten von dem Corpore delicti entspringen. In *Historische und juristische Schriften*, (Vol. I, pp. 350-400). Johann Gottlieb Garbe.
- Von Savigny, F. C. (2011). *Die Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeß-Ordnung* (W. Schubert, Ed.). Peter Lang. (Originally published in 1858).
- Walter, G. (1979). *Freie Beweiswürdigung*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Walter, T. (2006). Die Beweislast im Strafprozeß. *JZ*, 61, 340-349.

PROBABLE CAUSE Y LA CUARTA ENMIENDA DE LA CONSTITUCIÓN ESTADOUNIDENSE: UNA GARANTÍA TAN IMPRECISA COMO NECESARIA

Prof. Dra. Lorena Bachmaier Winter

Catedrática Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El objetivo de la Cuarta Enmienda es proteger el derecho a la libertad y a la intimidad de todos los ciudadanos frente a intromisiones no legítimas por parte del Estado. Solo si las autoridades (la policía) acreditan que hay suficientes elementos —lo que en el sistema español denominaríamos indicios racionales— que apuntan hacia la probable comisión de un delito o a la probabilidad de hallar pruebas en un domicilio, esa intromisión podría ser conforme con la Cuarta Enmienda. El concepto de *probable cause* en el derecho de Estados Unidos de América no es un mero estándar de prueba, pues se trata de un elemento consustancial a la propia noción de *rule of law* o Estado de derecho. Pero la Cuarta Enmienda no define qué es *probable cause*, y la jurisprudencia solo ha podido llegar a afirmar que se trata de un estándar que supera lo que sería una mera sospecha, pero que se ubica claramente por debajo del grado de certeza que se requiere para condenar a un acusado. Dentro de ese amplio rango, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha reconocido que lo determinante será realizar un cálculo de probabilidades. Aquí pretendo reflejar en primer lugar cuál es el significado que la jurisprudencia norteamericana ha otorgado a este concepto y poner de manifiesto cómo la *probable cause*, más allá de su consideración o no como estándar probatorio, es una garantía constitucional que adquiere una relevancia aún mayor en la sociedad digital.

PALABRAS CLAVE: Cuarta Enmienda, *probable cause*, proceso penal, estándares de prueba, derechos constitucionales, sospecha razonable, algoritmos, *rule of law*.

PROBABLE CAUSE AND THE FOURTH AMENDMENT: A MUCH UNDEFINED CONSTITUTIONAL SAFEGUARD

ABSTRACT: The aim of the Fourth Amendment of the US Constitution is to protect the right to liberty and privacy of all citizens against illegitimate interferences by the executive. Only if the police proves that there are sufficient factual elements that show the probability that a crime has been committed or is being committed, or of finding evidence of a crime, such interference would be in accordance with the Fourth Amendment. The concept of probable cause in the United States is not only a standard of proof since it is a core element of the notion of the rule of law. However, the Fourth Amendment does not define what probable cause is, and the case law has only been able to affirm that it is a standard that exceeds what would be a mere suspicion, and that it is clearly below the degree of certainty that is required to convict a defendant. Within this wide range, the US Supreme Court has recognized that the determining factor will be a calculation of probabilities. In this paper I intend to reflect, in the first place, on the meaning of probable cause in the US Supreme Court case law, and to show the importance of this constitutional safeguard, beyond its consideration or not as a standard of proof, which has a growing relevance in the digital society.

KEYWORDS: Fourth Amendment, *probable cause*, criminal procedure, standards of proof, constitutional rights, reasonable suspicion, suspicion algorithms, rule of law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: *PROBABLE CAUSE*, ERA DIGITAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES—. 2. *PROBABLE CAUSE* Y CUARTA ENMIENDA CONSTITUCIONAL—. 3. EL IMPRECISO SIGNIFICADO DEL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE*—. 4. ALGUNAS PRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA: *PROBABLE CAUSE* EN DETENCIONES Y REGISTROS—. 5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE *PROBABLE CAUSE*—. 6. BREVE REFERENCIA AL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE* EN EL ÁMBITO EUROPEO—. 7. A MODO DE CONCLUSIÓN—. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: *PROBABLE CAUSE*, ERA DIGITAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

La transformación operada en nuestras vidas debido a la creciente y casi continua presencia de las tecnologías de información y comunicación tiene un natural reflejo en el ámbito de la investigación y persecución penal. Si vivimos en una sociedad digital y las actividades y conductas de las personas —tanto lícitas como ilícitas— se desarrollan en gran parte —o del todo— en un mundo de sistemas electrónicos, ello necesariamente implica que también será en esa esfera donde se encuentren muchos de los elementos probatorios para investigar y enjuiciar conductas penales. Dicho de otro modo: el acceso a los datos digitales resulta hoy crucial para el desarrollo de un alto porcentaje de los procesos penales, y todo indica que esa tendencia no hará más que incrementarse. Pero el acceso a esos datos no siempre es fácil, sobre todo si no se almacenan en el territorio donde se lleva a cabo la investigación. A ello hay que

añadir que, si tal acceso no se realiza con respeto a la legalidad y los derechos fundamentales, y con garantías de integridad y autenticidad, no tendrá eficacia probatoria.

En ese contexto resulta de enorme relevancia que, el 29 de noviembre de 2022, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea lograran concluir un acuerdo político con Estados Unidos sobre el nuevo marco normativo para el acceso de pruebas electrónicas en toda la Unión Europea. Este acuerdo, fruto de una ardua y larga negociación, es un primer paso hacia la adopción de una normativa europea que regule la obtención de prueba electrónica ubicada en Estados Unidos o bajo el control de una compañía estadounidense, sin que ello implique una merma de los derechos fundamentales de los titulares de esos datos electrónicos. Pero ¿qué tiene que ver esto con la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (en adelante Cuarta Enmienda) y la *probable cause*?¹

Este acuerdo y la futura adopción del Reglamento sobre la orden europea de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal², permitirá obtener la prueba electrónica directamente de las compañías de servicios digitales, a través de sus representantes legales. Actualmente las autoridades judiciales que investigan un delito cometido en territorio europeo y que requiere acceder a datos electrónicos que, por ejemplo, se encuentran en poder de Google o de Facebook o de Twitter, han de requerir esos datos a Estados Unidos; esto es, han de recurrir a los siempre complejos mecanismos de asistencia legal mutua internacional. Este sistema, basado en los tradicionales mecanismos convencionales del derecho internacional público, además de ser lento y complejo, con intervención de autoridades judiciales y gubernativas, implica que un juez estadounidense analice cada petición y compruebe que se cumplen los requisitos establecidos en el derecho norteamericano para acceder a esos datos, pues se trata, en definitiva, de autorizar una intromisión en la esfera de la privacidad de un ciudadano. El juez, por tanto, valorará si existe *probable cause*, conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Supremo estadounidense (en adelante TS USA), antes de autorizar la entrega de los datos solicitados.

Esto significa que, aun desde esa perspectiva, el alcance de la cláusula de *probable cause* contenida en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos tiene un impacto indudable en los sistemas jurídicos europeos y, en particular, en nuestra justicia penal.

¹ Por razones de claridad y para evitar confusiones con conceptos semejantes en otros ordenamientos jurídicos, en este trabajo se ha optado por mantener el término *probable cause* sin traducir. También por razones de claridad para el lector de habla española el contenido de las sentencias de tribunales estadounidenses se ha traducido al español (traducción libre de la autora). No obstante, el lector encontrará otros textos que se mantienen en la lengua original inglesa por resultar más preciso o ilustrativo. En relación con la utilización del masculino genérico (p. ej., en términos como lector, abogado o sospechoso), se han seguido aquí las pautas de la Real Academia Española sobre lenguaje inclusivo y cuestiones conexas, evitando así duplicaciones innecesarias. El informe está accesible en: https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf.

² Vid. la Propuesta de Reglamento sobre la orden europea de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 17 abril 2018, COM(2018) 225 final.

Pero su relevancia va mucho más allá, puesto que la *probable cause*, como intentaré explicar en este trabajo, es un elemento crucial para las garantías del Estado de derecho. Sin *probable cause*, sin una motivación de hecho suficiente —como sucede con los indicios racionales en el proceso español³—, el Estado no puede realizar una intromisión en derechos fundamentales tan valiosos como son la libertad y la privacidad. La *probable cause* actúa así como un guardián cuya función es evitar injerencias ilegítimas en nuestros derechos fundamentales en la esfera de la persecución penal. Sucede, sin embargo, que la digitalización de la vida social amenaza con neutralizar esa salvaguarda a través de los denominados *algorithm suspicion assessments* (ASAs)⁴. A través de la elaboración de algoritmos y de los instrumentos de *machine learning*⁵, se lleva a cabo una valoración de los índices de sospecha de los individuos. Si a eso unimos que los sistemas de vigilancia que se encuentran activados sin previa sospecha sobre cualquier individuo son enormes, y que esos *big data* pueden procesarse de forma rápida para conformar un índice de sospecha, el riesgo de que con ello se vea obviada la garantía que supone la Cuarta Enmienda es más que evidente. La aplicación de valoraciones de sospecha automatizadas sobre la base de *big data* amenaza con socavar la esfera de libertad y privacidad de nuestros derechos, porque será el propio algoritmo, sobre la base de todos los datos que de nosotros disponen ya las autoridades públicas, el que ofrezca los datos objetivados sobre *probable cause*.

Para valorar adecuadamente cuál podría ser el impacto de estas nuevas normas y herramientas de inteligencia artificial en el contexto europeo y español, creo que es necesario antes entender el alcance y significado de la *probable cause* de la Cuarta Enmienda. Debo advertir que no se pretende ofrecer aquí una definición ni establecer un criterio cuantitativo o numérico de este estándar. Difícilmente podría hacerlo cuando el propio TS USA ha afirmado que «no es posible definir con precisión lo que significa *probable cause*»⁶. El concepto de *probable cause* y su aplicación en el sistema procesal penal estadounidense ha sido objeto de numerosos estudios académicos y analizado en una inabarcable jurisprudencia. Sería irreal querer sintetizar aquí toda

³ Gómez Colomer (2021, p. 65 y ss.) es quien diferencia entre el concepto de indicio, como juicio de probabilidad basado en máximas de la experiencia, y la prueba de indicios como método probatorio integrado en la presunción, en cuyo contexto el indicio sería el hecho base acreditado a través del cual mediante un proceso de inferencia puede darse por probado otro hecho del cual no se tiene prueba directa. Si bien es cierto que se trata de dos nociones que no son equivalentes, se basan en un mismo mecanismo de inferencia lógica. Sucede que en los indicios racionales a los que se refiere el legislador para adoptar ciertas decisiones procesales —entre ellas las medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales—, el hecho base no requiere estar probado, porque no se busca una certeza del hecho indirecto. Basta con que exista un hecho base objetivado del cual se pueda inferir la existencia de una probabilidad de que un hecho delictivo haya podido cometerse o que como resultado de un registro podrán encontrarse pruebas relevantes para el esclarecimiento del delito. En este último caso se «presume» la existencia de una probabilidad, a partir de otro hecho, que todavía no ha sido probado.

⁴ Al respecto vid., e. g. Rich (2016).

⁵ Sobre la definición de *machine learning*, vid. Flach (2012).

⁶ Acerca de la imposibilidad de definir el significado de «*probable cause*», vid. *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 690, 695 (1996).

esa doctrina y jurisprudencia, o abordar todas las implicaciones del término *probable cause*. El objetivo de este trabajo es determinar los criterios básicos que permiten entender el significado de esas dos palabras en el derecho estadounidense, aunque se incluirá alguna referencia a conceptos análogos en los ordenamientos europeos.

Para ello, en primer lugar, se abordarán las dificultades para encontrar una definición de *probable cause*, teniendo en cuenta su origen histórico y su relevancia constitucional. En segundo lugar, se hará referencia a la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo USA a la hora de interpretar el requisito de *probable cause* en el contexto de las detenciones y los registros. Por último, se hará una breve mención a conceptos análogos en otros sistemas jurídicos europeos.

Dejo al margen el debate acerca de la utilidad de los estándares de prueba, así como la discusión sobre los argumentos a favor y en contra de considerar la *probable cause* como un estándar de prueba; cuestiones sin duda interesantes, pero que rebasarían los objetivos de este trabajo⁷. Sigo aquí, por tanto, la concepción generalmente aceptada en Estados Unidos sobre la *probable cause* como estándar de prueba, si bien considero personalmente que estamos ante un concepto que trasciende la esfera del proceso penal y que constituye una garantía constitucional. Una garantía según la cual las injerencias en derechos fundamentales reconocidos en la Cuarta Enmienda solo serán legítimas si concurren ciertos elementos fácticos que permiten inferir que probablemente se haya cometido un delito (o que pueda hallarse prueba de este). Más complicado es, como se verá a continuación, precisar cuál es el grado de certeza que hace falta para dar por acreditada una «probabilidad».

2. PROBABLE CAUSE Y CUARTA ENMIENDA CONSTITUCIONAL

La *probable cause* figura en la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en los siguientes términos:

*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*⁸.

⁷ Sobre las posiciones acerca de la utilidad y necesidad de regular estándares probatorios en el proceso judicial, pueden consultarse, entre otros, los interesantes trabajos de Ferrer Beltrán (2021, p. 22 y ss.), para quien es necesario contar con estándares de prueba, frente a Nieva Fenoll (2020), para quien es imposible objetivar un estándar de prueba, y para quien este concepto es reminiscencia de un proceso en el que regía el principio de prueba tasada que, sin embargo, carece de sentido en la actualidad. Sobre la dificultad de cuantificar de forma precisa los estándares de prueba y la vaguedad de los criterios epistémicos para la valoración de la prueba, vid. también, Dei Vecchi (2020, p. 18 y ss).

⁸ Que podría traducirse al castellano como: «El derecho de los ciudadanos a que su persona, domicilio, documentos y efectos se hallen a salvo de registros e incautaciones arbitrarias, será inviolable, y no se emitirá al efecto mandamiento alguno que no se fundamente en un motivo probable, corroborado

Las primeras decisiones judiciales limitaron el alcance de la Cuarta Enmienda a la intromisión física en la propiedad o en las personas, pero ya en 1967, en *Katz v. United States*⁹, el TS USA sostuvo que la protección de la Enmienda se extiende también al derecho de las personas a la privacidad, así como a otros espacios físicos aptos para el ejercicio del derecho a la privacidad¹⁰. El objetivo último de esta disposición es, por tanto, proteger el derecho a la intimidad y la libertad de las personas frente a intromisiones no razonables del gobierno. La Cuarta Enmienda no garantiza la protección frente a cualquier registro e incautación de bienes, sino solo frente a aquellos que llevan a cabo las autoridades públicas de manera arbitraria o no razonable.

Para proceder a una entrada y registro en lugar cerrado, al registro de una persona o a su detención, el oficial de policía debe constatar que existen suficientes indicios racionales de que esa persona ha cometido un delito (lo está cometiendo o lo va a cometer) o de que en el lugar a registrar se encontrarán pruebas para el esclarecimiento de un delito. En casos de urgencia, el propio agente valorará si concurre *probable cause*, sin esperar a la emisión de una orden judicial. En tales situaciones, el control se efectuará *a posteriori*, lo cual podría conducir a declarar ilegal la detención o a considerar inadmisibles las pruebas obtenidas en el desarrollo del registro sin cumplir con el requisito exigido en la Cuarta Enmienda. Además, una actuación arbitraria de la policía sin *probable cause* podría dar lugar también a responsabilidades disciplinarias y a responsabilidad por daños y perjuicios.

Si no se dan circunstancias de urgencia, la policía, antes de practicar la detención de un sujeto sospechoso o registrar un domicilio (u otro espacio de privacidad protegido), debe obtener una orden judicial que así lo autorice. Corresponde por tanto a la policía acreditar que existe *probable cause*. El juez dictará la orden si aprecia que existen indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo (para una detención), o de la posibilidad de encontrar pruebas de un delito (para un registro). La *probable cause* se erige así en garantía constitucional para algunos de los derechos más preciados de los ciudadanos, por lo que su significado no puede desvincularse de los derechos que busca proteger.

Sus orígenes históricos son antiguos, y pueden identificarse en el *ius commune* del continente europeo, que influyó notablemente en el proceso medieval de Inglaterra¹¹. En particular, como sostiene Shapiro (1991, p. 118-119), los niveles de certeza

mediante juramento o declaración, y que describa en detalle el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas».

⁹ *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

¹⁰ En aquella ocasión se trataba de una interceptación telefónica de las llamadas realizadas por Katz desde una cabina telefónica pública, dentro de un proceso sobre fraude en apuestas de juego.

¹¹ Vale la pena hacer notar incidentalmente esa importancia del derecho canónico, y en alguna medida del romano a través de fuentes canónicas, en la evolución del derecho procesal en Inglaterra. Una evolución compleja, pues el *common law* coexistió durante siglos con otras dos jurisdicciones clave: la *equity* administrada por el Tribunal de la Cancillería (en manos de obispos durante la parte inicial de su desarrollo), y la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos. De manera que el actual modelo procesal

requeridos para las diferentes actuaciones y fases del proceso previo al juicio o *pretrial* se tomaron claramente del derecho continental de tradición romano-canónica¹². Los inicios de la *probable cause* aparecen en el siglo XIII en el concepto de sospecha razonable que justificaba la actuación de un alguacil (*constable*) para arrestar individuos sospechosos de haber cometido un delito en Inglaterra (Weber, 1982).

En 1360, se autorizaba a los jueces de paz de Inglaterra a arrestar a todo sospechoso o acusado, y posteriormente también a emitir órdenes para que sujetos privados procedieran a arrestar a sujetos sospechosos. Aunque los motivos y las condiciones eran bastante imprecisos, la existencia de una sospecha ya aparecía como elemento necesario para la legitimidad de esas detenciones (Shapiro, 1991, p. 128). Además, el concepto de sospecha en el proceso inglés de entonces presentaba claras analogías con la noción de *suspectus* en derecho canónico (p. 126): se requería algo más que un rumor, pero no hacía falta certeza acerca de los hechos criminales para que la autoridad pública, o un particular, pudieran arrestar a alguien.

Con el tiempo, los criterios que permitían concluir la existencia de una sospecha fueron recogidos en tratados jurídicos en Inglaterra, sobre la base del proceso inquisitivo desarrollado en el derecho romano-canónico¹³. La lista de *causes of suspicion* contenía los siguientes criterios: edad, sexo, educación, parientes, carácter o personalidad, socios, conducta habitual, capacidad para llevar a cabo el delito, testigos y otros signos externos. Este listado coincidía en gran medida con los *indicia* que servían para determinar, en el proceso inquisitivo continental, si un sospechoso podía ser sometido a tortura (Shapiro, 1991, p. 129). Esa enumeración de elementos de sospecha irá desapareciendo con el racionalismo a lo largo del siglo XIX. Así, los términos *probable cause of suspicion*, *reasonable grounds to belief*, o *reasonable cause to suspect*, que históricamente se utilizaban de forma indistinta, terminarán utilizándose tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos sin referencia al término «sospecha».

La existencia, por tanto, de indicios suficientes o racionales se encuentra en la base que permitiría arrestar o detener a una persona, y ha de entenderse en un contexto en que el registro y la incautación de bienes, como indica LaFave, iban frecuentemente unidos al poder del particular de arrestar al sospechoso. En caso de sospecha

angloamericano, como su entera tradición jurídica, es producto de un conglomerado de elementos heterogéneos, y no resultado exclusivo —como en el pasado defendió interesadamente una parte de la historiografía jurídica británica— del genio creativo de los *common lawyers*. El tema ha sido bien estudiado en España, ya hace tiempo, por Martínez-Torrón (1991).

¹² Indica esta autora que, al centrarse el derecho angloamericano primordialmente en la fase probatoria y en el desarrollo de la *law of evidence* en el juicio oral, los estándares de prueba aplicados a las decisiones previas, y la influencia del derecho canónico en su configuración, fueron ampliamente ignorados en los tratados jurídicos. Reconoce igualmente que cierto chauvinismo británico también explicaría que las referencias al derecho romano-canónico civil continental prácticamente fueran inexistentes, citándose preferentemente a autores como Bracton o Coke, cuyas obras estaban inspiradas en gran medida en el derecho romano-canónico.

¹³ Así en el Tratado de Matthew Hale *History of the Pleas of the Crown*, London 1736, citado por Weber (1982, p. 156-157).

de comisión de un delito, el particular no solo podía detener a una persona, sino también proceder al registro e incautación de sus bienes para recuperar los bienes robados (Shapiro, 1991, p. 145).

Con estos antecedentes históricos, la Cuarta Enmienda recoge la garantía de *probable cause*, para dar protección a los ciudadanos contra las intromisiones arbitrarias de las autoridades públicas en su privacidad, libertad y propiedad. Como se ha hecho notar, protege lo que se ha denominado *right to be let alone* o derecho a ser dejado en paz¹⁴. Los autores de la Bill of Rights norteamericana incluyeron esta Enmienda para proteger a los ciudadanos contra las detenciones y los registros injustificados que habían sido practicados por la Corona inglesa en virtud de órdenes judiciales generales (*general warrants*) y *writs of assistance*¹⁵. Las órdenes generales permitían a los funcionarios de la Corona realizar registros sin necesidad de acreditar ningún motivo de sospecha de comisión de un delito, y a menudo estas órdenes eran utilizadas para perseguir a enemigos políticos. Los *writs of assistance* no requerían justificar la existencia de indicios racionales de criminalidad y, a menudo, no estaban sujetos a restricciones temporales; permitían registrar un bien cuando no se hubieran pagado los impuestos. En ese contexto, la principal finalidad de los redactores de la Bill of Rights al incluir el requisito de *probable cause* en la Cuarta Enmienda era precisamente evitar esos abusos, y conferir protección a los ciudadanos de la nueva nación frente a detenciones y registros arbitrarios por parte de autoridades gubernamentales¹⁶.

La *probable cause* actuaría así como un claro límite frente al poder del gobierno y como elemento fundamental para frenar posibles tendencias autocráticas. Es decir, representaría una de las barreras jurídicas frente a la tiranía, tal y como expresaba la sentencia *Boyd v. United States*¹⁷. Se concibe, por tanto, como un límite estructural del poder de la autoridad del gobierno, y en ese sentido no solo protegería los derechos individuales, sino que también «serviría como una advertencia general al gobierno de que sus poderes son limitados [...] con estructuras establecidas a nivel constitucional para hacer cumplir esos límites» (Antkowlak, 2007, p. 579)¹⁸.

Si la *probable cause* es un principio constitucional que garantiza la libertad individual fijando límites a la actuación del poder público, y es al mismo tiempo un concepto indeterminado, cabría pensar que cuanto más se valoren en una sociedad los derechos que protege —la privacidad, la propiedad y la libertad— mayor debería ser el grado de certeza exigible acerca de la existencia de indicios racionales o *proba-*

¹⁴ Vid. LaFave (2004) y el voto particular discrepante del Juez Brandeis en *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

¹⁵ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 624 (1886).

¹⁶ Vid. Cuddihy (2009).

¹⁷ Vid. Antkowiak (2007, p. 578), el cual señala que «probable cause may not ultimately address any one right specifically, but instead protect all of liberty generally».

¹⁸ «It would serve as an overall admonition to the government that its powers are limited [...] with structures in place at the constitutional level to enforce those limits.»

*ble cause*¹⁹. Veremos si es así, porque hablar de una mayor certeza en referencia a un estándar impreciso es sin duda algo complejo.

3. EL IMPRECISO SIGNIFICADO DEL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE*

Según hemos visto, estamos ante un requisito que ha de acreditar la policía antes de detener a una persona, realizar un registro o para obtener una orden judicial con el fin de llevar a cabo esas medidas. En el contexto del proceso penal, para la doctrina angloamericana *probable cause* es un estándar de prueba. Un estándar de prueba se define como «*the degree of proof required for any fact in issue in litigation, which is established by assessing the evidence relevant to it*» (Oxford Dictionary). Se trata de una regla que «determina el grado de probabilidad a partir del cual estamos dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinan el grado de apoyo que nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión» (Ferrer Beltrán, 2021, p. 18). En palabras de Haack (2014), los estándares de prueba hacen referencia a la probabilidad y la forma lógica y obvia de entender este concepto referido a las pruebas en el sentido epistemológico: «*how reasonable a claim is in the light of the evidence*» (p. 59).

No obstante, como se verá más adelante, una gran parte de la doctrina y la jurisprudencia angloamericanas define el estándar de prueba en clave subjetiva. Es representativa la definición ofrecida en la sentencia del TS USA *In re Winship*²⁰: «[E]l estándar de prueba es un intento de instruir al juzgador de los hechos acerca del grado de confianza que nuestra sociedad piensa que él debe tener en la corrección de las conclusiones sobre los hechos para tomar decisiones».

Probable cause, a diferencia de la regla de *beyond any reasonable doubt* o más allá de toda duda razonable, no implica un alto grado de certeza, sino que hace referencia a la posibilidad justificada de que un hecho pueda existir. A pesar de las dificultades de deslindar conceptos, se reconoce unánimemente que la *probable cause* exige algo más que una sospecha razonable (*reasonable suspicion*), e implica que concurren circunstancias que llevarían a una persona razonable a creer que se está cometiendo, se ha cometido, o se va a cometer un delito. En lo que respecta a los registros, significaría

¹⁹ En el concepto de *probable cause* aparecen mezclados dos aspectos que sí son diferenciables en relación con otros estándares de prueba: el del grado de certeza exigible para adoptar una decisión, por ejemplo, de detención; y el del grado de certidumbre que debe ofrecer el estándar, lo que está ligado con su mayor o menor vaguedad. Un estándar podría ser muy preciso, en este segundo sentido, y, en cambio, exigir un grado de certidumbre (de probabilidad) sobre los hechos muy bajo para adoptar una decisión. No obstante, en el caso de la *probable cause*, ambas «incertidumbres» se solapan y, al no poder hablar de la certeza acerca de la probabilidad de un hecho cuando ello va unido a un estándar de probabilidad absolutamente impreciso, no resultan a mi juicio diferenciables.

²⁰ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

que existe una probabilidad razonable de que un registro dé lugar al descubrimiento de pruebas de un delito.

En el derecho procesal estadounidense los estándares de prueba suelen dividirse en seis categorías, que van desde la suposición menos exigente hasta la casi certeza: 1) sospecha razonable (*reasonable articulable suspicion*); 2) *probable cause*; 3) prueba preponderante (*preponderance of evidence*); 4) probabilidad fundada (*substantial probability*); 5) prueba clara y convincente (*clear and convincing evidence*); y 6) más allá de toda duda razonable (*beyond any reasonable doubt*). En general, los diferentes estándares de prueba están vinculados a las consecuencias del error en la valoración, de modo que cuanto mayor sea el coste del error —las consecuencias perjudiciales de una decisión equivocada— mayor será la exigencia probatoria. Eso explica que para una condena penal se exija el estándar de prueba más elevado (más allá de toda duda razonable), mientras que en el proceso civil sería suficiente cumplir con los estándares menos exigentes de prueba preponderante o de prueba clara y convincente.

Probable cause es el nivel de justificación requerido para adoptar muchas otras decisiones más allá de las medidas de detención y registro contempladas en la Cuarta Enmienda. Por ejemplo, es también el estándar de prueba para que la fiscalía acuse a alguien, tal y como se establece en *Bordenkircher v. Hayes*²¹: «mientras el fiscal tenga *probable cause* para creer que el acusado cometió un delito tipificado legalmente, la decisión de procesar y acusar o no, de qué cargo presentar, o la decisión de llevar al acusado ante el gran jurado, por lo general queda a su entera discreción».

Probable cause es además el estándar requerido en la audiencia preliminar para decidir si se somete al acusado al juicio oral²², para mantener a la persona arrestada sin orden judicial en prisión preventiva²³ y para revocar la libertad condicional²⁴. Es igualmente el estándar aplicable ante el gran jurado al adoptar la decisión acerca de si procede acusar a una persona de un delito federal, y se considera que existen elementos de juicio suficientes para someter a juicio a una persona cuando las pruebas presentadas al gran jurado, sin explicaciones por parte del acusado, persuaden a doce o más de sus miembros de que la persona acusada probablemente haya cometido el delito del que se la acusa²⁵. Podría decirse que encontraría su equivalente español en los indicios racionales de criminalidad, aunque no es fácil determinar el nivel de sospecha requerido para acordar una medida limitativa de un derecho fundamental o el estándar requerido para procesar al imputado de conformidad con el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), ni tampoco especificar en la práctica si ese grado de sospecha concurre o no. No hay que olvidar que la STC 26/2010, de 27

²¹ 434 U.S. 357, 364 (1978).

²² *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 725 (1968).

²³ *Gerstein v. Pugh*, 420 U.S. 103, 125 (1975).

²⁴ *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471, 485 (1972).

²⁵ Cfr. Ortman (2016, p. 513 y ss.) criticando este estándar en relación con las acusaciones del *grand jury*.

de abril, señala que los indicios que se requieren para sacrificar el derecho fundamental a la privacidad de las comunicaciones son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento al amparo del artículo 385 LECrim.

Ni la Cuarta Enmienda ni las leyes federales definen el concepto de *probable cause*, algo que, por lo demás, también sucede en los códigos procesales penales en el ámbito europeo con estándares análogos. Si bien ha habido intentos de recurrir a las matemáticas para asignar un valor a los estándares de prueba, así como al concepto de *probable cause*, se entiende que no resulta posible calcular este estándar numéricamente²⁶; lo que está en juego es la suficiencia de la justificación para autorizar una intromisión en la esfera de la libertad y la intimidad de los individuos por parte del Estado en la persecución de un delito.

En este contexto, la probabilidad estadística —frecuencia con la que se produce un suceso en una determinada secuencia de acontecimientos— representa un índice objetivo de probabilidad, ya que mide el número de posibilidades de que se produzca un suceso en comparación con el número de posibilidades de que no se produzca²⁷. Tal criterio, sin embargo, no resulta aplicable para adoptar decisiones en un proceso penal, donde lo que interesan son hechos individuales, que no necesariamente responden a parámetros matemáticos de probabilidad. No obstante, ello no significa que los perfiles matemáticos y científicamente validados no puedan ser útiles para apreciar la existencia de *probable cause*, pero asignarle un número o porcentaje de certeza sería algo condenado al fracaso²⁸.

Según la jurisprudencia del TS USA, el estándar de *probable cause* no fluctúa en función de la gravedad del delito investigado. Es decir, el mismo grado de justificación y de certeza será necesario, por ejemplo, para efectuar la entrada en un domicilio para investigar un delito de homicidio o para recabar pruebas de una estafa de cuantía mínima. Solo en unas pocas ocasiones el Tribunal Supremo ha considerado la posibilidad de aplicar un *sliding standard of proof* al valorar la *probable cause*, abriendo la puerta a graduar la intensidad de los indicios en función de la mayor o menor gravedad del delito o de la amenaza. No obstante, en la doctrina jurídica estadounidense hay también autores que se han mostrado favorables a esa gradación, estimando que la gravedad del delito debería ser un elemento para considerar a la hora de apreciar la existencia de *probable cause* (Lee, 2020, p. 295-296). Ello implicaría que en relación con delitos menos graves se exigiría un nivel de certeza mayor, y que el estándar iría reduciéndose a medida que aumentara la gravedad del delito²⁹.

²⁶ Así, entre otros, Haack (2014, p. 58 y ss.).

²⁷ Vid. Ferrer Beltrán (2021, p. 67 y ss.).

²⁸ Para Ferrer Beltrán (2021, p. 68) el concepto de probabilidad que resulta útil en este contexto es el que se refiere a la lógica inductiva «para la que la probabilidad que un elemento de juicio aporta a una hipótesis es una relación lógica entre dos proposiciones».

²⁹ Vid., por ejemplo, Bellin (2011, p. 6); Stuntz (2001, p. 848).

Frente a esta argumentación, otra parte de la doctrina sostiene que adoptar un estándar variable (o «deslizante», en traducción literal) de *probable cause* generaría confusión y mayores riesgos de infracción. En tanto que la apreciación de la existencia de esos indicios racionales no siempre corresponde realizarla a un juez, sino que con frecuencia deben realizarla los propios agentes de policía, la introducción de criterios variables no les sería de mucha ayuda en la toma de decisiones. Además, en ocasiones no siempre resulta claro desde un inicio cuál es la gravedad del delito en concreto, por lo que valorar la suficiencia de indicios en función de esa gravedad generaría mayor incertidumbre en detrimento de la garantía que supone un estándar único. En consecuencia, la gravedad del delito por sí misma debería ser «irrelevante para el grado de certeza que la policía debe tener antes de actuar»³⁰.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que configurar el requisito de *probable cause* como un estándar variable dependiendo de la gravedad del delito produciría un doble efecto de carácter opuesto: aumentaría la protección de los ciudadanos frente a las injerencias en sus derechos de la Cuarta Enmienda cuando el delito es leve, pero al mismo tiempo produciría la aplicación de un estándar más bajo en aquellos casos en que la amenaza o el delito fueran muy graves, rebajando así las garantías consagradas en la Cuarta Enmienda. Es significativo que, después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 contra las Torres Gemelas de Nueva York, volvieron a surgir debates sobre la necesidad de ampliar los poderes del gobierno y revisar la interpretación del estándar de *probable cause*³¹.

También se ha planteado si el estándar de la Cuarta Enmienda debería reconsiderarse bajo el prisma del principio de proporcionalidad, ponderando la lesión del derecho fundamental frente a la gravedad del delito investigado, de tal forma que no se autorizaran, por irrazonables, medidas de detención o entrada y registros para la persecución de delitos menores, como sucede en el ámbito europeo. La falta de proporcionalidad de la medida como resultado de la ponderación coste-beneficio, llevaría a estimar la intromisión en el derecho fundamental como «irrazonable» y, por tanto, ilegal (Colb, 1998, p. 1645). No es este, como se verá, el enfoque adoptado por el TS USA, el cual, de los tres elementos del principio de proporcionalidad adoptados en el ámbito europeo por jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto—, al valorar la *probable cause* solo aplicaría el de idoneidad, es decir, si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto.

Una vez clarificado que el estándar de *probable cause* no es variable y que la injerencia en los derechos fundamentales de la IV Enmienda no se somete a un juicio de proporcionalidad, tratándose de un término de construcción judicial es preciso acudir a la jurisprudencia para conocer su contenido y alcance, y solo en relación con los registros.

³⁰ Vid. Slobogin (1991, p. 51).

³¹ Vid., entre otros, Stuntz (2002, p. 2141).

A diferencia del estándar de «más allá de toda duda razonable», que será aplicado por los miembros del jurado a la hora de valorar si hay pruebas suficientes para condenar a una persona, la determinación de la *probable cause* corresponde siempre a un juez, quien habrá de decidir —*a priori* o *a posteriori*— si concurren indicios racionales que justifiquen la injerencia en el derecho de una persona a la libertad o a la privacidad.

A este propósito, lo primero que hay que destacar es que el TS USA no ha especificado cuánta prueba se requiere para apreciar que existe *probable cause* ni tampoco en qué consiste exactamente este estándar. Así, en el caso *Brinegar v. United States* (1949), sostuvo que *probable cause* es más que una mera sospecha, pero menos que la prueba necesaria para condenar³², y que el elemento esencial es que exista «un motivo razonable de creencia o culpabilidad»³³. Dentro de este amplio espectro, «el acento ha de ponerse en el cálculo de las probabilidades. Si ello excluye todos los demás factores, o si la probabilidad debe ser “más probable que no” son cuestiones que no están resueltas».³⁴

Sobre *probable cause* el TS USA ha declarado que se trata de un estándar impreciso «basado en el sentido común»³⁵; que requiere «menos certeza que la que justificaría una sentencia de condena»³⁶, y que implica que «se crea razonablemente que se ha cometido un delito o que se encontrarán objetos o pruebas relevantes para la investigación del delito»³⁷. El TS USA se ha limitado a calificar la *probable cause* como una probabilidad no cuantitativa, exigiendo algo más que las sospechas subjetivas del individuo, y menos que la existencia de hechos que llevarían a un tercero razonable a creer que se ha cometido un delito³⁸. La vaguedad de estas definiciones no hace sino poner de manifiesto que el término «probable» es indeterminado y cualquier intento de definirlo al final nos lleva a un rango entre un 1% y un 100% de probabilidad, porque, como sostiene Bacigal (2004, p. 282), no hay estadios conceptuales entre la nada y la certeza moral. Otra cuestión es que se puedan especificar los grados de probabilidad, así como por ejemplo, la probabilidad prevaeciente, la prueba clara y convincente, etc., que son todos ellos grados que están en algún punto entre la nada y la certeza. Pero, el término probable sin más no aporta precisión alguna.

³² 388 U.S. 160, 174 (1949). En *Brinegar* también se afirma que la decisión acerca de la existencia de *probable cause* puede motivarse sobre elementos probatorios que no serían admisibles en el juicio (p. 175).

³³ Que exista «*a reasonable ground for belief or guilt*», *Brinegar v. United States*, 388 U.S. 160, 174 (1949).

³⁴ «*[T]he emphasis is on calculating likelihoods. Whether this excludes all other factors and whether the likelihood must be 'more likely than not' are questions arguably unsettled.*» *Valente v. Wallace*, 332 F.3d 30, 32 (1st Cir. 2003), citado por Bacigal (2004, p. 280).

³⁵ *Carroll v. United States*, 267 U.S. 132 (1929), en relación con un registro.

³⁶ *Steel v. United States*, 267 U.S. 498, 504-505 (1925).

³⁷ *Dumbra v. United States*, 268 U.S. 435 (1925).

³⁸ *Henry v. United States*, 361 U.S. 98, 102 (1959).

Como puede observarse, todo esto no aporta mucha claridad y el Tribunal Supremo ha admitido que el concepto de *probable cause* no puede ni definirse con precisión ni ser cuantificado en porcentajes, pues alude a probabilidades que habrá que valorar en función de la totalidad de las circunstancias³⁹. Lo que sí ha clarificado es que la existencia de *probable cause* no puede determinarse únicamente sobre la base de la creencia subjetiva del agente que lleva a cabo la acción, tal y como se expresó en *Beck v. Ohio*: si la buena fe subjetiva fuera el único elemento exigible, la protección que confiere la Cuarta Enmienda se diluiría completamente, pues pasaría a depender únicamente de la valoración discrecional de los agentes policía⁴⁰. En el caso *Maryland v. Pringle*, el Tribunal se reafirmaba en la imposibilidad de ofrecer una definición aproximada al reconocer que la *probable cause* «es un concepto práctico y no técnico, que tiene que ver con consideraciones prácticas y fácticas de la vida cotidiana acerca de cómo actúan las persona razonables y prudentes, y no los técnicos», y añadía que es un «concepto fluido que se basa en la valoración de probabilidades en contextos de hecho particulares, que no se reduce fácilmente [...] a un conjunto ordenado de normas jurídicas»⁴¹.

Significativamente, en *Texas v. Brown*⁴² el TS USA, con la argumentación del Juez Rehnquist, declaró expresamente que *probable cause* es una norma de sentido común que «no exige demostración alguna de que la creencia del agente que ha presenciado un comportamiento delictivo sea correcta o tenga más probabilidades de ser verdadera que falsa» Esa afirmación dio lugar a serias críticas por parte de la doctrina, pues significaría que el estándar de *probable cause* podría satisfacerse con la mera apreciación subjetiva, sin tener siquiera que justificarla, de que la opción de probabilidad es más justificada que su contraria⁴³. El hecho que dio origen a la sentencia consistía en la incautación de objetos de contrabando durante un control de tráfico, y se discutía si esa incautación entraba dentro de la doctrina *plain view* (en los registros sin orden judicial los agentes de policía solo pueden incautar objetos que estén a la vista). Quizá podría sostenerse que en el caso *Texas v. Brown*, al tratarse de un mero registro de objetos, sería admisible un nivel de certeza menor acerca de los indicios de criminalidad, pero ese planteamiento sería difícilmente aceptable respecto de la medida de detención, pues ello implicaría que para detener a una persona bastaría que el agente creyera que la comisión de un delito fuera más probable que su no comisión, lo cual situaría la *probable cause* al nivel de «sospecha razonable» y, por

³⁹ *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 371 (2003).

⁴⁰ 379 U.S. 89, (1964): «*If subjective good faith alone were the test, the protection of the Fourth Amendment would evaporate, and the people would be "secure in their persons, houses, papers, and effects" only in the discretion of the police.*»

⁴¹ «*It is a practical, non-technical conception that deals with factual and practical considerations of everyday life on which reasonable and prudent men, not legal technicians, act.*» Vid. *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366, 371 (2003), siguiendo el fallo de *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 232 (1983).

⁴² *Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983).

⁴³ C. Lee (2020, pp. 271 y ss.) critica el uso extensivo que se ha hecho de la argumentación del Juez Rehnquist por los tribunales inferiores, como si se tratara de un precedente vinculante.

tanto, reduciría la protección que confiere la Cuarta Enmienda. Además, con esta interpretación del juez Rehnquist, las diferencias entre sospecha razonable y *probable cause* tenderían a difuminarse.

Es cierto que, para el Tribunal Supremo, «sospecha razonable» y *probable cause* «son conceptos fluidos que toman su contenido sustantivo de los contextos particulares en los que se valoran los estándares»⁴⁴. La sospecha razonable es un estándar menos estricto que la *probable cause*, requiere una certeza menor⁴⁵, si bien ambos estándares están vinculados, pues donde inicialmente existe una sospecha razonable, a medida que se descubren más hechos y pruebas pasaría a existir *probable cause*. En otras palabras, la sospecha razonable es un estadio anterior a la *probable cause*, aunque ambos se basan en la apreciación general de un agente de policía —y eventualmente del juez— sobre la probabilidad de que se haya cometido o se esté cometiendo un delito. Así, habría *probable cause* cuando una persona razonable esté convencida o crea que se está cometiendo, se ha cometido o se va a cometer un delito; y en el caso de los registros de lugares cerrados habrá también que creer en la posibilidad de que allí se encuentre el delincuente, o sean hallados objetos y pruebas relevantes para el esclarecimiento del delito.

Meras suposiciones o deducciones no serían suficientes para determinar la existencia de *probable cause*⁴⁶. Mientras que la sospecha razonable sería algo más que la expresión de una «corazonada» (*articulated hunch*), de tal modo que ante esas mismas circunstancias una persona razonable sospecharía de la posible comisión de un delito. En definitiva, el estándar de *reasonable suspicion* se vincularía con una *posibilidad* (un tercero razonable consideraría que podría haberse cometido un delito), mientras que la *probable cause* se referiría propiamente a una probabilidad, un estándar más elevado que el de mera posibilidad de la comisión de un delito. De manera que el estándar de *reasonable suspicion* permitiría a un agente cachear o detener brevemente a una persona sospechosa, pero no sería suficiente para llevar a cabo una detención u obtener una orden de registro⁴⁷. No obstante, trazar una distinción clara en la práctica entre ambos estándares no es fácil, aunque sus repercusiones jurídicas son claramente diferentes. En primer lugar, porque no resulta muy claro qué quiere decir «posibilidad». En sentido estricto, algo es posible solo cuando no es imposible, así que es posible que haya sucedido un hecho, aunque no haya ningún dato que así lo avale. Y en sentido amplio, posible es sinónimo de probable, de manera que, interpretado así, no se distinguiría la *reasonable suspicion* de la *probable cause*; salvo que fijemos la diferencia en el grado de probabilidad (no matemática), pero entonces se necesitaría alguna concreción de ese grado, más allá de la distinción entre posibilidad y probabilidad.

⁴⁴ *Ornelas v. United States*, 517 U.S. 696.

⁴⁵ *United States v. Sokolow*, 490 U.S. 1, 7(1989).

⁴⁶ *Byars v. United States*, 237 U.S. 28 (1927); *Giordenello v. United States*, 357 U.S. 480 (1950).

⁴⁷ Vid. *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 30 (1968).

4. ALGUNAS PRECISIONES DE LA JURISPRUDENCIA: *PROBABLE CAUSE* EN DETENCIONES Y REGISTROS

Pese a las ambigüedades conceptuales de la *probable cause* cuando se la considera en abstracto, la jurisprudencia ha ido introduciendo precisiones al hilo de situaciones concretas. Así, su significado y alcance difieren en función de si se refiere a una detención o a un registro. En *Beck v. Ohio*⁴⁸ se afirmaba que hay *probable cause* para detener a una persona «cuando las circunstancias de las que se tiene conocimiento y de las que se tiene información razonablemente fiable» lleven a una persona prudente a creer que la persona detenida ha cometido o estaba cometiendo un delito. En cuanto a los registros, la Cuarta Enmienda exige que haya *probable cause* para creer que el registro llevará a descubrir o esclarecer una actividad delictiva (dependiendo de si se está cometiendo en ese momento o si ya se ha cometido y se busca obtener pruebas) y que ese registro es necesario. Resulta interesante destacar la diferencia entre los requisitos de *probable cause* para detener y para registrar. En este último caso concurren dos elementos: 1) el relativo al apoyo epistémico que debe tenerse para que esté justificado el registro; y 2) el criterio de la necesidad. Solo el primero es propiamente un estándar de prueba, mientras que el segundo es un criterio de procedencia del registro que no tiene que ver con las pruebas disponibles que permitan inferir que en el lugar a registrar se encontrarán elementos de una actividad delictiva.

Es inmenso el número de sentencias que valoran la falta o concurrencia de *probable cause* respecto de una detención o un registro ya realizados con el fin de determinar si se ha vulnerado o no la Cuarta Enmienda. De ahí que en las páginas que siguen me limite a mencionar algunas de las sentencias más relevantes, con el fin de ofrecer una panorámica general sobre los concretos elementos que los tribunales han valorado como suficientes para determinar que existe *probable cause*.

En relación con la detención, ha de subrayarse que la existencia de indicios racionales o *probable cause* confiere a la policía el poder de detener a una persona y ponerla bajo custodia policial. Requiere un motivo razonable para creer tanto que se ha cometido o se está cometiendo un delito como que la persona objeto de la detención es responsable de ese delito. Pero, al igual que con la imprecisa definición general de *probable cause*, en relación con la detención tampoco resulta claro cómo determinar cuándo existe un motivo razonable para detener a alguien que se cree está vinculado con la comisión de un delito. Naturalmente, el oficial de policía tomará en cuenta la totalidad de las circunstancias de las cuales tiene conocimiento en ese momento y que le permitan tomar una decisión razonable —es decir, que a la vista de un tercero prudente se entendería razonable— al momento de efectuar la detención.

Un error por parte de los agentes sobre el delito cometido (por ejemplo, que los hechos no fueran un delito en absoluto) o sobre la persona detenida no hará que esa

⁴⁸ 379 U.S., 91 (1964).

detención sea ilegal, siempre y cuando los agentes hubieran actuado de buena fe y sobre la base de una creencia razonable en que la conducta era delictiva⁴⁹, y que el detenido era quien había cometido el delito. En *Maryland v. Pringle*⁵⁰ el agente procedió a detener a tres sujetos que se hallaban en un coche en el que se encontraron drogas. Aunque los agentes no tenían pruebas de que ninguno de los tres ocupantes fuera el responsable de la posesión de la marihuana, se consideró que detener a todos ellos no vulneraba el requisito de *probable cause*, debido a que es habitual que los ocupantes de un vehículo que porta drogas participen en la comisión del delito, y que ninguno de ellos admitió ser el propietario de la droga. El hecho de estar en el mismo vehículo se estimó suficiente *probable cause* para detener a los tres.

Para que un registro o incautación sean conformes con la Cuarta Enmienda han de concurrir motivos razonables para creer que, como resultado del registro, se encontrarán pruebas relacionadas con un delito. En el caso *Samson v. California*⁵¹ se abordó la cuestión de si para practicar un registro es necesario acreditar una sospecha individualizada o si es suficiente una sospecha generalizada. Se trataba en aquella ocasión de un registro practicado sin orden judicial previa sobre un sujeto en libertad condicional, sin que existieran sobre el mismo sospechas de la comisión del delito que se investigaba. El TS USA afirmó en esa sentencia que lo determinante a efectos de la Cuarta Enmienda «es la razonabilidad, no la existencia de una sospecha individualizada»⁵². Y, aunque el Tribunal Supremo ha exigido normalmente algún elemento de sospecha individualizada como requisito previo a un registro e incautación, también ha declarado que «la Cuarta Enmienda no impone ningún requisito irreductible de tal sospecha»⁵³.

Del mismo modo, en *United States v. Knight*⁵⁴, el TS USA sancionó la validez de un registro ejecutado sin orden judicial, pero aquí sí realizó una ponderación de los

⁴⁹ Así en *Devenpeck v. Alford*, 543 U.S. 146 (2004), un caso en el cual los oficiales de policía arrestaron a una persona por grabar la conversación mantenida con uno de ellos durante un control de tráfico. El hecho de que tal conducta no constituyera delito en ese estado no llevó a concluir que esa detención practicada sin orden judicial fuera ilegal. Lo que se tuvo en cuenta en este caso es que de todas formas existía *probable cause* para detener a Alford, pero por otro delito diferente que el que dio lugar al arresto, ya que estaba investigado por suplantación de identidad, estafa y otras conductas que sí eran delictivas. Este argumento, a mi juicio, resulta bastante discutible.

⁵⁰ *Maryland v. Pringle*, 540 U.S. 366 (2003).

⁵¹ *Samson v. California* 547 U.S. 843 (2006).

⁵² «... *the touchstone of the Fourth Amendment is reasonableness, not individualized suspicion.*»

⁵³ Los hechos en *Samson v. California* se resumen así: Un oficial de policía detuvo y registró a Samson en la calle en la localidad de San Bruno (California). El oficial no tenía orden judicial y posteriormente admitió que había detenido a Samson solo porque sabía que estaba en libertad condicional. El oficial descubrió que Samson estaba en posesión de metanfetaminas. Samson fue arrestado y acusado de posesión de drogas ante un tribunal estatal. En el juicio, Samson argumentó que las drogas no eran admisibles como prueba porque el registro había vulnerado sus derechos de la Cuarta Enmienda. El tribunal de primera instancia denegó la moción y el Tribunal Supremo estatal declaró la inadmisibilidad del recurso.

⁵⁴ 534 U.S. 112, 118-121 (2001).

intereses en juego. Sostuvo en esa ocasión que el interés público en la lucha contra la reincidencia, y en garantizar la rehabilitación en la comunidad de las personas que se encuentran en situación de libertad condicional, son intereses que debían prevalecer sobre la expectativa de privacidad de una persona en libertad condicional. Esto significa que en ciertos casos como *Samson* y *Knight* la *probable cause* ha quedado prácticamente difuminada bajo el argumento del interés público superior, evaluando el grado de intromisión en el derecho a la privacidad del individuo frente a la necesidad de llevar a cabo el registro para promover intereses legítimos del Estado. De manera que en algún caso aislado se ha interpretado aplicando un *reasonableness balancing test*, lo que implica privar al concepto de *probable cause* de su significado original y reiteradamente confirmado⁵⁵.

Hasta hace poco tiempo, el requisito de *probable cause* se aplicaba únicamente al registro e incautación de objetos físicos, pero con el avance de la tecnología y desde la sentencia *Riley v. California*⁵⁶, resulta aplicable también al acceso e incautación de datos electrónicos. En esa sentencia, el TS USA estableció claramente que los registros de aparatos electrónicos con el fin de obtener datos almacenados en un teléfono móvil requieren una orden judicial que aprecie la existencia de *probable cause*. Y más tarde, en *Carpenter*⁵⁷, el Tribunal Supremo dictaminó que para obtener de una compañía de servicios de telecomunicación los datos de geolocalización de un teléfono móvil se exigía acreditar *probable cause*, pues esos datos afectan al derecho de la persona a la privacidad.

Como regla general, el registro e incautación al amparo de la Cuarta Enmienda están sujetos a la obtención de una orden judicial previa. Se trata de una salvaguarda adicional para los derechos de los ciudadanos, para garantizar que la existencia de indicios racionales y la razonabilidad de esas medidas —y, por tanto, la justificación para que el Estado se inmiscuya en el ejercicio de derechos fundamentales— se somete a una valoración previa por parte de un órgano imparcial e independiente. Sin embargo, son muchas las excepciones a esta regla. Por ejemplo, cuando existe consentimiento por parte del sujeto concreto para llevar a cabo el registro o cuando el registro es incidental a una detención legal y hay motivos de urgencia, la medida será conforme a la Cuarta Enmienda, siempre que exista *probable cause*. Podría tratarse de situaciones en las que se intenta prevenir un peligro inminente, evitar la destrucción de pruebas o impedir la huida del sospechoso. Si los objetos a registrar están a la vista (*plain view doctrine*), una incautación de estos no será necesariamente ilícita, aunque se haya practicado sin orden judicial, siempre, de nuevo, que concurra *probable cause*.

No existe una previsión legal que permita obviar la obtención de la autorización judicial de la Cuarta Enmienda por razones de seguridad nacional y, por tanto, el

⁵⁵ Cfr. Antkowiak (2007, p. 576).

⁵⁶ *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014).

⁵⁷ *Carpenter v. United States*, 585 U.S. __ (2018).

hecho de verse afectados tales intereses del Estado no autoriza a prescindir de la orden judicial. Pero esto es así en delitos que tengan una dimensión exclusivamente nacional, porque algunos tribunales han admitido excepciones cuando estaban en juego intereses de seguridad exterior.

¿Qué información necesita el juez para valorar si concurre *probable cause*? En general, la resolución judicial que autoriza un registro debe estar respaldada por una declaración jurada (*affidavit*) o por un testimonio que ofrezcan información suficiente y fiable para establecer la probabilidad de un hecho delictivo y la necesidad de llevar a cabo el registro⁵⁸. Es lo que en nuestro ámbito equivaldría al oficio policial, que debe ser fidedigno, aunque en nuestro ordenamiento jurídico no se recoja la forma expresa de «declaración jurada» del agente policial. La policía debe presentar al juez el relato fáctico que lleva a ese agente a considerar que existe *probable cause*, y esos hechos han de especificarse en el *affidavit* que realiza el policía. Al juzgar si concurría *probable cause* para acordar un registro, ya en 1925 el Tribunal Supremo USA afirmaba: «La sola cuestión que nos concierne es si el declarante (*affiant*) tenía motivos razonables cuando prestó su declaración (*affidavit*) [...] para creer que se había violado la ley en el lugar donde había de realizarse el registro; y, si los hechos aparentes reflejados en la declaración (*affidavit*) son tales como para inducir a una persona razonablemente discreta y prudente a creer que se había cometido el delito en cuestión, hay *probable cause* que justifique la emisión de una orden judicial»⁵⁹.

Así, en el caso *United States v. Ventresca*⁶⁰, el agente de policía tenía la convicción de que en un determinado local se estaba operando una destilería ilegal, y el TS USA declaró que en este caso había suficientes elementos para confirmar que se cumplía el estándar de *probable cause*. La convicción de los agentes, basada en sus propias observaciones, iba acompañada de un relato detallado de las circunstancias y existían motivos para dar crédito a la fuente de la información. Curiosamente, en esa sentencia el Tribunal también afirmaba que someter la autorización judicial a unos criterios demasiado exigentes podría llevar a la policía a desconfiar del propio proceso de autorización judicial⁶¹.

Por lo que se refiere a la credibilidad de los hechos descritos en el *affidavit*, en *Frank v. Delaware* se declaraba que debe presumirse que los agentes de policía son fuentes fiables de información, presunción que se basa en su experiencia y forma-

⁵⁸ *Whitley v. Warden*, 401 U.S. 560, 564 (1971).

⁵⁹ «[W]e are concerned only with the question whether the affiant had reasonable grounds at the time of his affidavit [...] for the belief that the law was being violated on the premises to be searched; and if the apparent facts set out in the affidavit are such that a reasonably discreet and prudent man would be led to believe that there was a commission of the offense charged, there is probable cause justifying the issuance of a warrant», *Dumbra v. United States*, 268 U.S. 435, 439, 441 (1925).

⁶⁰ 380, U.S. 102 (1965).

⁶¹ «... reliance on the warrant process should not be deterred by insistence on too stringent showings», *United States v. Ventresca* (1965), p. 109.

ción⁶². Los *affidavits* suelen incluir sus observaciones, apoyadas por una detallada narración de los hechos, que permiten hacer inferencias sobre la concurrencia de *probable cause*. Incluir información de víctimas y testigos también puede resultar relevante.

Una interesante cuestión es si la información recibida de un confidente goza de suficiente credibilidad para establecer que existen indicios racionales de criminalidad a efectos de la Cuarta Enmienda. En esta materia, el TS USA ha adoptado puntos de vista cambiantes (Lee, 2020, p. 282-288). En *Jones v. United States*, al evaluar si la confidencia unida a información que corroboraba lo indicado por el confidente constituía una base suficiente para apreciar *probable cause*, el Tribunal valoró el *affidavit* en su conjunto, tomando en cuenta diversos factores para establecer si la declaración del confidente era fiable o no⁶³.

No obstante, posteriormente en *Aguilar v. Texas*⁶⁴, llegó a una conclusión diferente al considerar que un *affidavit* que se limitaba a afirmar que la policía tenía información fiable de una persona que gozaba de su confianza —la cual les había informado de que había drogas en un lugar determinado— es insuficiente para cumplir el estándar de *probable cause*. Según el criterio establecido en esta sentencia, el oficial de policía debía acreditar ante el juez dos extremos: en primer lugar, el *affidavit* debía indicar las circunstancias a partir de las cuales el informante llegó a la conclusión de que en un determinado lugar se encontraban pruebas o que se había cometido un delito; y, en segundo lugar, el agente debía aportar aquellos datos que permitieran al juez valorar la fiabilidad del confidente. Por tanto, esos dos elementos se dirigían, por un lado, a comprobar la fiabilidad del sujeto que informa a la policía y, como segundo elemento, la fiabilidad de la información que transmite ese sujeto, para lo cual se exige que determine cómo ha llegado a obtener el confidente esa información (no necesariamente la identificación de la fuente).

Posteriormente, en *Spinelli v. United States*⁶⁵ —un asunto en el que el *affidavit* que presentó la policía se basaba tanto en la información del confidente como en información policial confirmando las sospechas—, el TS USA rechazó el criterio establecido en el caso *Jones* de valorar la credibilidad del *affidavit* en su conjunto y aplicó la doctrina sentada en *Aguilar*. El Tribunal sostuvo que los datos facilitados por el informante y las pruebas que lo corroboraban debían valorarse por separado, siguiendo el doble test (fiabilidad del informante y origen de su información)⁶⁶. Sin

⁶² *Franks v. Delaware*, 438 U.S., 154, 171 (1978).

⁶³ *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960), sentencia en la que el Tribunal valoró que el confidente podía considerarse fiable y que su información estaba basada en su propio conocimiento personal.

⁶⁴ 378 U.S. 108 (1964).

⁶⁵ *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969).

⁶⁶ *Spinelli v. United States*, 393 U.S. 410 (1969). El *affidavit* no contenía ninguna información que mostrara el origen y los hechos en que se basaba la información ofrecida por el confidente ni tampoco elementos que permitieran confirmar la credibilidad de este. Los demás elementos que podrían haber contribuido a sostener la *probable cause* no se consideraron suficientes.

embargo, en *United States v. Harris*⁶⁷, volvió a aplicar la doctrina de la valoración conjunta sentada en *Jones*, para finalmente, en *Illinois v. Gates*⁶⁸, abandonar expresamente el enfoque sentado en *Aguilar* y *Spinelli* y adoptar definitivamente el enfoque de la valoración conjunta de la credibilidad del informante, sin exigir que estuviera acreditada la fuente de su conocimiento. Obviamente, ello supone ampliar los poderes de la policía para llevar a cabo detenciones, al adoptar una interpretación más laxa de los requisitos para apreciar *probable cause*.

Por último, en lo que respecta a las órdenes de entrada y registro anticipadas —la policía presenta una solicitud para que se autorice un registro a llevar a cabo en un momento futuro—, el Tribunal Supremo ha declarado que no vulneran la Cuarta Enmienda, siempre y cuando se respete el estándar de *probable cause*. Ello implica que haya motivos racionales para creer que la condición que justificaría la ejecución de la orden de registro se producirá y que, una vez que se haya producido, existe una probabilidad razonable de que se encuentren pruebas de un delito en un lugar determinado⁶⁹.

5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE *PROBABLE CAUSE*

En virtud de la regla de exclusión, toda prueba obtenida en violación de la Cuarta Enmienda debe ser expulsada del proceso penal, si bien, como es sabido, esta regla general admite diversas excepciones. Este es el caso, por ejemplo, de la excepción de buena fe, según la cual una orden judicial constitucionalmente inválida no comporta la exclusión de las pruebas si los oficiales de policía actuaron de buena fe.

La *probable cause* es el criterio utilizado por los tribunales para resolver la moción de exclusión de pruebas obtenidas como resultado de una detención o de un registro. Procederá la exclusión probatoria si se acredita que existía una expectativa justificada de privacidad y que la misma fue infringida arbitrariamente —sin *probable cause*— por la autoridad pública.

⁶⁷ En esta ocasión determinó que la naturaleza detallada de la información proporcionada por el confidente, junto a otros factores que apoyaban su credibilidad, eran suficientes para establecer *probable cause*. *United States v. Harris*, 403 U.S. 573 (1971). La información facilitada por el confidente se basaba en que durante un período de dos años había comprado whisky ilegal al acusado en su propio domicilio, la última vez hacía dos semanas. El *affidavit* contenía información bastante detallada acerca de dónde se guardaba el whisky y afirmaba que el confidente era una persona fiable. Además, se señalaba que el acusado tenía reputación de contrabandista, que otras personas también habían proporcionado información similar sobre él y que en los últimos cuatro años se le había hallado en posesión de whisky de contrabando.

⁶⁸ 462 U.S. 213 (1983). En opinión del juez Rehnquist, el principal error fue exigir la concurrencia de los dos elementos —la fiabilidad de un confidente y la base de su conocimiento— como dos requisitos independientes en vez de valorarlos conjuntamente

⁶⁹ *United States v. Grubbs*, 547 U.S. 90, 95 (2006), citando la sentencia *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 238 (1983).

En todo caso, a la hora de decidir si una orden judicial que autoriza una detención o registro ha vulnerado la Cuarta Enmienda, el tribunal revisor adoptará un criterio más flexible en comparación con el que justificaría que el agente de policía actuara por su cuenta sin una orden judicial⁷⁰. Es lógica esa diferencia de rigor en el escrutinio para comprobar si concurría *probable cause*. Ello explica también que, siempre que haya habido una base suficiente para que el juez pudiera decidir que había *probable cause*, el tribunal validará en apelación la legalidad de la orden.

Cuando la vulneración de la Cuarta Enmienda se produce por actuaciones de funcionarios federales, podrá ejercitarse frente a los mismos la denominada «acción Bivens» para reclamar los daños y perjuicios resultantes de un registro e incautación ilegales⁷¹.

6. BREVE REFERENCIA AL ESTÁNDAR DE *PROBABLE CAUSE* EN EL ÁMBITO EUROPEO

Los derechos a la libertad y la privacidad de la Cuarta Enmienda están reconocidos en todas las constituciones europeas, aunque normalmente figuran en disposiciones separadas: por un lado, se regula el derecho a la libertad personal y las garantías contra las detenciones ilegales y, por otro, el derecho a la privacidad o a la propiedad. Así ocurre también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), donde el artículo 5 regula el derecho a la libertad, mientras que el derecho a la privacidad (o más bien su aproximado equivalente) se reconoce en el artículo 8 y el derecho a la propiedad en el artículo 1 del Primer Protocolo.

En el contexto europeo no suele utilizarse el término *probable cause*, lo cual no significa que no exista o no se aplique un estándar semejante para acordar medidas restrictivas de derechos fundamentales. Al analizar posibles infracciones del artículo 5 CEDH y la posible ilicitud de una detención, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) exige como regla general que concurra una «sospecha razonable», y que dicha sospecha se base en hechos o información «que satisfagan a un observador objetivo de que la persona en cuestión puede haber cometido el delito, aunque lo que pueda considerarse razonable dependerá de todas las circunstancias del caso»⁷². La sospecha razonable habrá de valorarse en función de todas las circunstancias concretas del caso y de la fase del procedimiento en que se llevara a cabo esa

⁷⁰ Vid. *Jones v. United States*, 362 U.S. 257 (1960).

⁷¹ El término «*Bivens action*» se toma de la sentencia *Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971), en la cual el Tribunal Supremo estableció que la vulneración de los derechos reconocidos en la Cuarta Enmienda ocasionada por agentes federales daba derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

⁷² *O'hara v. the United Kingdom*, App no 37555/97, de 16 de octubre de 2001, §34. Vid. también *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, App nos 12244/86; 12245/86; 12383/86, de 30 de agosto de 1990, §32 *Erdagöz v. Turkey*, App no 21890, de 22 de octubre de 1997, §51.

valoración⁷³. Así, por ejemplo, se ha entendido que la falta de comprobación efectiva de los hechos por parte de las autoridades con el fin de verificar si la denuncia estaba bien fundada suponía una vulneración del artículo 5.1.c) CEDH⁷⁴.

Para el TEDH, todo control inicial acerca de la licitud de la detención debe posibilitar que se examinen cuestiones de legalidad y que esa detención está basada en una sospecha razonable de que la persona detenida ha cometido un delito⁷⁵. En la sentencia *Labita c. Italia* se consideró que las pruebas de oídas no corroboradas de un informante anónimo eran insuficientes para concluir con «sospecha razonable» que el solicitante estaba implicado en actividades relacionadas con la mafia⁷⁶. En el caso *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*⁷⁷, el tribunal determinó que la detención y registro de una persona en un lugar público sin sospecha razonable de la comisión de un delito iba en contra del artículo 8 CEDH, ya que las facultades de las autoridades no estaban suficientemente delimitadas y la ley no establecía garantías suficientes. Sin embargo, cuando se trata de personas sospechosas de delitos relacionados con el terrorismo, el TEDH ha declarado que los gobiernos deben lograr un justo equilibrio entre el respeto a los derechos reconocidos en el artículo 8 CEDH y la necesidad de la medida para actuar contra el terrorismo⁷⁸.

En términos generales, puede afirmarse que el estándar de «sospecha razonable» en la jurisprudencia del TEDH relacionado con las detenciones es más o menos equivalente al estándar de *probable cause* de la Cuarta Enmienda, si bien es cierto que el TEDH acepta con mayor facilidad un estándar variable o modulable como, por ejemplo, en casos de terrorismo.

Por lo que respecta a las injerencias en el derecho a la privacidad del artículo 8 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha declarado que solo serán compatibles con el Convenio cuando sean conformes a la ley, persigan uno o varios de los objetivos legítimos mencionados en el párrafo 2º de ese artículo (la investigación penal es un objetivo legítimo) y sean «necesarias en una sociedad democrática» para alcanzar dicho objetivo⁷⁹. La valoración de la necesidad incluye la adecuación de la medida, la ausencia de posibilidad de utilizar medios menos intrusivos, y la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, una ponderación del carácter invasivo de la medida frente a los objetivos que persigue atendiendo, entre otros, a la gravedad del delito. No se hace referencia a *probable cause* o a «sospecha razonable», ya que, si se trata de

⁷³ *Kudla v. Poland*, App no 30210/96, de 26 de octubre de 2000.

⁷⁴ *Stepuleac v. Moldova*, App no 20269/09, 24065/09, de 16 de marzo de 2010, §73; *Elci and Others v. Turkey*, App no. 23145/93, 25091/94, de 13 de noviembre de 2003, §674.

⁷⁵ *McKay v. the United Kingdom* [GC], App no 543/03, de 3 de octubre de 2006, §40; *Oral and Atabay v. Turkey*, App no 39686/02, de 23 de junio de 2009, §41.

⁷⁶ *Labita v. Italy* [GC], App no, 26772/95, de 6 de abril de 2000, §156 y ss.

⁷⁷ *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, App no 4158/05, de 12 de enero de 2010. Vid. especialmente §87 de la sentencia.

⁷⁸ *Murray v. the United Kingdom*, App no 14310/88, de 28 de octubre de 1994, §90-91.

⁷⁹ *Vinks and Ribicka v. Latvia*, App no 28926/10, de 30 de enero de 2020, §93-104.

medidas adoptadas en el ámbito de una investigación penal, la constatación de esa sospecha razonable ya se habrá establecido previamente para proceder a la incoación de un proceso penal y a la investigación penal.

A nivel nacional, los códigos de procedimiento penal regulan diferentes estándares o grados de sospecha (*Verdachtsgrad*) para las diferentes decisiones a lo largo del proceso penal. En Alemania, conforme a la *Strafprozessordnung* (StPO), para autorizar el registro de un lugar cerrado es preciso que exista la sospecha de que se ha cometido un delito (*Tatverdacht*), aunque también puede autorizarse con el fin de proceder a aprehender al sospechoso, así como en los casos en que «pueda presumirse» que el registro conducirá al descubrimiento de pruebas (artículo 102 StPO). Ese grado de sospecha no puede consistir en meras conjeturas, sino que exige suficientes indicios (*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*) que deben referirse a la posible comisión de un delito⁸⁰, pero sin que sea preciso detallar todos los hechos concretos que engloban la comisión del mismo⁸¹. La detención preventiva puede ordenarse contra el acusado si se sospecha fundadamente (*dringender Tatverdacht*, que equivale a alta probabilidad) que el sujeto ha cometido el delito y si existe un motivo para ello (riesgo de fuga, destrucción de pruebas, etc.). No podrá ordenarse la detención si es desproporcionada en relación con la gravedad del delito (artículo 112 StPO). Por último, para la apertura del juicio oral, el artículo 203 StPO establece que han de concurrir motivos suficientes para sospechar que el acusado ha cometido el delito (*hinreichender Tatverdacht*).

El término *probable cause* tampoco se encuentra en el derecho procesal penal italiano, pero varias normas y conceptos pueden considerarse muy similares. El artículo 384.1 del Codice di Procedura Penale (CPP), que regula la detención policial sin orden judicial, exige una fuerte sospecha (*gravemente indiziata*) de que la persona ha cometido un delito para el que la ley establece una pena privativa de libertad de al menos dos años. En cuanto a los registros (*perquisizioni*) de personas o lugares, la norma general establecida en el artículo 247 CPP es bastante imprecisa, ya que exige un motivo fundado (*motivo fondato*) que conduzca al descubrimiento de pruebas del delito.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) española exige, para detener a un sospechoso que aún no ha sido acusado, que haya suficientes «indicios» racionales para creer que el hecho cometido constituye un delito, y también que la persona a detener estuvo implicada en él (artículo 492 LECrim). Por «indicio» se entiende un signo aparente y probable de que hay algo tangible, una fuente de información que permite inferir la existencia de otro hecho no percibido, y se sustenta en probabilidades. La sentencia del Tribunal Supremo español 2179/2002 de 26 de diciembre de 2002 describe los tres tipos de fuentes que pueden dar lugar a indicios racionales de criminalidad y guiar a los agentes de policía en caso de detención: criterios cien-

⁸⁰ Vid. Knauer *et al.* (2018, vol. 1, §102 StPO, p. 1320-1331).

⁸¹ Vid. Knauer *et al.* (2018, vol. 1, §102 StPO, p. 1324).

tíficos (por ejemplo, un test de alcoholemia); la experiencia acumulada en la actividad policial de prevención e investigación de delitos, y criterios lógicos, a través de los cuales el policía puede deducir que determinados elementos son indicios de un hecho delictivo. En todo caso, la detención también está sujeta al principio de proporcionalidad, de manera que no es posible, por ejemplo, en el caso de delitos menores o faltas.

En lo que concierne a la entrada y el registro de un domicilio, el artículo 546 LECrim requiere la «sospecha *razonable*» de que se encontrarán pruebas relacionadas con el delito («que puedan servir para su descubrimiento o comprobación»), mientras que para el registro de documentos la ley exige una «sospecha *grave*»; y las injerencias en el derecho a la privacidad y de las comunicaciones solo pueden autorizarse para la investigación de un delito concreto que esté sancionado con una pena de al menos tres años (artículo 579.1.1 LECrim y 588 ter a) LECrim), y respecto del cual existan «*indicios racionales*». Además, la orden debe garantizar el cumplimiento de los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 588 bis a) LECrim).

En cuanto al concepto de «indicios racionales», son aquellos que permitirían creer que una determinada persona ha cometido un delito. Para iniciar un procedimiento penal basta con la mera probabilidad —o posibilidad en el sentido equivalente a probabilidad— de que se haya cometido un hecho delictivo y, en ocasiones, el Tribunal Supremo ha declarado que no es necesario un indicio racional de la comisión de un delito, bastando la *notitia criminis* sustentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que pudo haberse cometido un delito, se está cometiendo o se cometerá⁸².

Para la imputación, o para la adopción de medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales como el registro y la incautación, el estándar exigido es la probabilidad de participación de una determinada persona en un hecho delictivo y, en el caso de la medida de entrada y registro «indicios de encontrarse allí el procesado o efectos o instrumentos del delito...» (artículo 546 LECrim). Esto implica el conocimiento de hechos que demuestren que hay algo más que una posibilidad y algo menos que una certeza. Esta creencia racional no debe ser consecuencia de vagos signos o leves sospechas, sino que ha de ser el resultado lógico de un acto que pueda dar lugar a responsabilidad de la persona a procesar. El Tribunal Supremo, en su sentencia 153/2015, de 18 de marzo define lo que se son indicios racionales a efectos de adoptar una medida de investigación limitativa de derechos fundamentales (en aquella ocasión, una interceptación de comunicaciones) en los siguientes términos:

⁸² STS 32/1995, de 4 de diciembre de 1995: «Como ya destacó la reciente sentencia de este Tribunal 671/1995, de 22 de mayo, se trata de una diligencia no posterior al descubrimiento del delito, sino anterior y destinada a la averiguación y descubrimiento, exigiendo el requisito del *periculum in mora*, o riesgo del retardo, bastando con una sospecha objetivada de datos conducentes para considerar como fundada la resolución habilitante» (FD 1).

Recordemos que las máximas de experiencia también llamadas en el derecho anglosajón estándares de actuación son juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación de su reiteración en el tiempo, aunque son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren. Vienen a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y que tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario pudiendo ser utilizadas por el Juez. Obviamente no son verdades *urbi et orbe* aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el Juez en el caso concreto. (FD 5º).

Con carácter general, por tanto, se puede afirmar que el concepto de «indicios racionales de criminalidad» es equivalente al de *probable cause*, aunque para restringir derechos fundamentales el sistema español exige también cumplir con el test de proporcionalidad, teniendo en cuenta, entre otros, la gravedad del delito.

En los tres ordenamientos jurídicos europeos mencionados anteriormente, al igual que en Estados Unidos y salvo casos muy excepcionales, para la medida de entrada y registro e incautación se requiere una orden judicial previa suficientemente motivada, y la policía solo puede llevar a cabo una entrada y registro de un domicilio sin ella en casos de urgencia, riesgo de fuga o riesgo de destrucción de pruebas que no permitan esperar a esa orden judicial. También se autoriza para proceder a la detención de un sujeto sospechoso, bien por delito flagrante o porque ya exista frente al mismo una orden judicial de detención.

A diferencia del sistema estadounidense, la violación de estas normas en Europa no conduce automáticamente a la exclusión de las pruebas obtenidas mediante una detención o un registro sin indicios racionales suficientes, pues muchos sistemas jurídicos (aunque no el italiano ni el español) aplican un sistema flexible de exclusión de prueba, ponderando la gravedad de la lesión frente a la gravedad del delito y la relevancia de la prueba para su enjuiciamiento.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

La existencia de *probable cause* es una garantía fundamental para la protección de algunos de los derechos constitucionales más preciados de las personas, a saber, su libertad y su privacidad. Al establecer límites a la actuación del Estado en la esfera de los derechos de los ciudadanos, también contribuye a prevenir la frecuente tendencia de todo gobierno al abuso de poder y, por tanto, los riesgos de derivas autoritarias.

En el ámbito estadounidense se aplica —a diferencia de Alemania o Italia— el mismo estándar o grado de sospecha para autorizar una detención, un registro de la persona, así como una entrada y registro de un lugar, no siendo inusual que la policía actúe de propia mano sin orden judicial previa a realizar una entrada en domicilio con el fin de efectuar una detención. La *probable cause*, la «sospecha razonable» y los «indicios racionales» de la comisión de un delito, pueden considerarse conceptos

análogos en abstracto. Sin embargo, su aplicación al caso concreto experimenta variaciones notables: cuándo existen razones suficientes para detener legítimamente a una persona o invadir su privacidad en el contexto de una persecución penal, dependerá de cómo los tribunales interpreten esos conceptos. Se trata de estándares que remiten a una probabilidad, y los elementos para apreciar si tal probabilidad concurre o no (de que se haya cometido un delito, de que se encuentren pruebas en un domicilio, etc.), depende de criterios prácticos difíciles de catalogar y sistematizar. De una manera u otra, volvemos siempre a la noción de «razonabilidad»: aquello que, valorado por una persona prudente, tendería a estimar como probable a la vista del relato fáctico u otros elementos probatorios en cada momento del proceso penal.

Si comparamos el estándar estadounidense de *probable cause* y sus análogos europeos, la principal diferencia entre ellos radica fundamentalmente en que, a los efectos de la Cuarta Enmienda norteamericana, *probable cause* con carácter general —aunque hay alguna excepción— es un estándar fijo. Es decir, se requiere el mismo nivel de sospecha o certeza para autorizar una injerencia en los derechos a la libertad y a la privacidad con independencia de la gravedad del hecho delictivo. Además, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de la Cuarta Enmienda, no hace falta un delito con una pena mínima para autorizar esas medidas; la ponderación de intereses juega un papel casi irrelevante en ese contexto. Lo cual choca con la concepción del principio de proporcionalidad de la restricción de medidas que rige en el ámbito europeo. Es cierto que hay voces que reclaman en el ámbito estadounidense que se flexibilice el estándar de *probable cause*, pero hasta ahora no han llegado a reflejarse en la doctrina del Tribunal Supremo.

Por otro lado, sobre la premisa de que se cumple el principio de proporcionalidad de la medida, el enfoque europeo podría considerarse ligeramente más flexible: la ausencia de *probable cause* no convierte esa intromisión automáticamente en ilegal, siempre que pueda demostrarse que era necesaria y proporcionada. Además, en el ámbito europeo, no toda infracción de la *probable cause* conllevará la exclusión de la prueba obtenida. Teniendo en cuenta que en el sistema estadounidense una violación de la *probable cause* determinará la exclusión de las pruebas obtenidas —salvo ciertas excepciones normalmente basadas en la buena fe, etc.—, quizás habría de plantearse si no sería conveniente un nivel variable de *probable cause* para contrarrestar la rigidez de la regla de exclusión.

En relación con la suficiencia de informaciones recibidas por confidentes, en el ámbito español, nuestro Tribunal Supremo ha sostenido que la mera información confidencial no es suficiente si es el único indicio⁸³, a diferencia del Tribunal Su-

⁸³ STS de 19 de junio de 2008: «La noticia confidencial no es suficiente ni como prueba valorable en el proceso judicial, ni como dato para justificar por sí sola, como único indicio, la restricción de los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución. La noticia confidencial recibida por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrá servir de base para practicar las investigaciones necesarias a fin de confirmarla mínimamente, con el objeto de aportar a la autoridad judicial algo más que la mera

premo USA para el cual, como se ha visto antes, lo relevante no es la corroboración con otros indicios de la información confidencial, sino la fiabilidad del propio confidente.

Sea como fuere, es importante ser conscientes de esas diferencias de matiz, pues existe una tendencia general a equiparar «indicios racionales» o «motivos fundados» con *probable cause*, y ello genera dificultades en la cooperación internacional. Así, desde la perspectiva europea se considera que, si el delito investigado es grave, puede reducirse la justificación del grado de sospecha. Igualmente tiende a pensarse que, si la prueba requerida no implica una seria intromisión en la esfera de privacidad de un individuo —como en el caso, por ejemplo, de «solo» acceder a unos datos electrónicos— la justificación de *probable cause* podría suavizarse. Y no es así.

Por último, resta por debatir cuál es el impacto que pueden tener los algoritmos para determinar la existencia de indicios de criminalidad en la esfera de nuestra libertad y privacidad. A través de lo que se denomina *private/corporate surveillance*, que se canaliza a través de las compras, búsquedas en internet, redes sociales, *internet of things* o la vigilancia financiera para la prevención de la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales, las esferas de nuestra privacidad que están expuestas cada vez son mayores⁸⁴. Si a ello se suma la extendida vigilancia pública en *smart cities*, a través de videocámaras y sistemas de reconocimiento facial, además de los programas para diseñar estrategias de seguridad y detección/prevenición de crimen «*intelligence-led*», a nadie se le escapa que utilizar el *big data* con fines de identificar sospechosos, representa una clara amenaza para la barrera de protección que constituye la Cuarta Enmienda. Los datos que autorizarán las intromisiones los facilitará directamente el sistema de análisis de *big data*, y una vez identificada la posible sospecha por el programa, el *automated algorithm suspicion assessment*, abrirá la puerta a que el Estado restrinja nuestra libertad y nuestra privacidad.

Por ello, resulta más necesario que nunca replantearse el alcance de la *probable cause* y cómo articular la defensa del individuo frente al enorme poder del Estado no solo de vigilarnos, sino de utilizar la vigilancia para justificar su actuación penal generando los «indicios racionales» a través del procesamiento de *big data*. Quizás sea el momento de reinterpretar esta garantía no solo exigiendo un estándar acerca de la probabilidad de que un sujeto haya cometido un hecho delictivo para entrar en la esfera de su privacidad, sino limitando el uso de *mass surveillance* y procesamiento de *big data* para crear la *probable cause*.

información confidencial al solicitar el registro domiciliario del ciudadano o cualquier otra medida que lesione los derechos fundamentales o las libertades básicas del individuo, pero, por sí sola, la información del confidente anónimo no puede justificar la lesión de esos derechos y libertades cuando no venga respaldada por una mínima confirmación posterior» (FD 2).

⁸⁴ Al respecto, vid. Ferguson (2017, p. 172 y ss.).

BIBLIOGRAFÍA

- Antkowiak, B. A. (2007). Saving Probable Cause. *Suffolk University Law Review*, 40(3).
- Bacigal, R. J. (2004). Making the Right Gamble: The Odds on Probable Cause. *Mississippi Law Journal*, 74, 279-340.
- Bellin, J. (2011). Crime-Severity Distinctions and the Fourth Amendment: Reassessing Reasonableness in a Changing World. *Iowa Law Review*, 97, 1-48.
- Cuddihy, W. J. (2009). *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning*. Oxford University Press.
- Colb, S. F. (1998). The Qualitative Dimension of the Fourth Amendment «Reasonableness». *Columbia Law Review*, 98(7), 1642-1725.
- Dei Vecchi, D. (2020). *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*. Zela-Ceji.
- Ferguson, A. G. (2017). Big Data Surveillance: The Convergence of Big Data and Law Enforcement. En D. Grey y S. E. Henderson (Eds.), *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*. Cambridge University Press.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Flach, P. (2012). *Machine Learning: The Art and Science of Algorithms that Make Sense of Data*. Cambridge University Press.
- Gómez Colomer, J. L. (2021). *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*. Tirant lo Blanch.
- Haack, S. (2014). Legal Probabilism: An Epistemological Dissent. En *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law* (pp. 47-77). Cambridge University Press.
- Knauer, C., Kudlich, H. y Schneider, H. (2018). *Münchener Kommentar StPO* (Vol. 1). Beck.
- LaFave W. R. (2004). *Search and Seizure: A Treatise of the Fourth Amendment* (4ª ed.). West Publishing Co.
- Lee, C. (2020). Probable Cause with Teeth. *George Washington Law Review*, 88(2), 269-326.
- Martínez-Torrón, J. (1991). Derecho angloamericano y derecho canónico: las raíces canónicas de la «common law». *Revista española de derecho administrativo*, 76, 689-693.
- Nieva Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba. *InDret*, 3, 406-437.
- Ortman, W. (2016). Probable cause revisited. *Stanford Law Review*, 68, 511-568.
- Rich, M. L. (2016). Machine Learning, Automated Suspicion Algorithm, and the Fourth Amendment. *University of Pennsylvania Law Review*, 164, 871-929.
- Shapiro, B. (1991). *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause*. University of California Press.
- Slobogin, C. (1991). The World Without a Fourth Amendment. *UCLA Law Review*, 39(1), 1-107.
- Stuntz, W. J. (2001). O. J. Simpson, Bill Clinton, and the Transsubstantive Fourth Amendment. *Harvard Law Review*, 114(3), 842-876.
- Stuntz, W. J. (2002). Local Policing After the Terror. *The Yale Law Journal*, 111(8), 2137-2194.
- Weber, J. K. (1982). The Birth of Probable Cause. *Anglo-American Law Review*, 11(2).

Legislación y jurisprudencia

- Aguilar v. Texas*, 378 U.S. 108 (1964).
- Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 725 (1968).
- Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964).
- Bivens v. Six Unknown Named Agents*, 403 U.S. 388 (1971).
- Bordenkircher v. Hayes* 434 U.S. 357, 364 (1978).
- Brinegar v. United States* 388 U.S. 160, 174 (1949).
- Boyd v. United States* 116 U.S. 616, 624 (1886).
- Byars v. United States* 237 U.S. 28 (1927).
- Carpenter v. United States* 585 U.S. ___ (2018).

- Carroll v. United States* 267 U.S. 132 (1929).
 COM (2018). Propuesta de Reglamento sobre la orden europea de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal, de 17 abril 2018.
- Devenpeck v. Alford*, 543 U.S. 146 (2004).
Dumbra v. United States 268 U.S. 435 (1925).
Elci and Others v. Turkey, App no. 23145/93, 25091/94, de 13 de noviembre de 2003
Erdagöz v. Turkey, App no 21890, de 22 de octubre de 1997
Franks v. Delaware 438 U.S., 154, 171 (1978).
Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom, App nos 12244/86; 12245/86; 12383/86, de 30 de agosto de 1990
Gerstein v. Pugh 420 U.S. 103, 125 (1975).
Gillan and Quinton v. the United Kingdom, App no 4158/05, de 12 de enero de 2010.
Giordenello v. United States 357 U.S. 480 (1950).
Henry v. United States 361 U.S. 98, 102 (1959).
Illinois v. Gates 462 U.S. 213 (1983).
Jones v. United States 362 U.S. 257 (1960).
Katz v. United States 389 US 347 (1967).
Kudla v. Poland, App no 30210/96, de 26 de octubre de 2000.
Labita v. Italy [GC], App no, 26772/95, de 6 de abril de 2000
 Ley de Enjuiciamiento Criminal. «Gaceta de Madrid» núm. 260, de 17/09/1882
Maryland v. Pringle 540 U.S. 366, 371 (2003).
McKay v. the United Kingdom [GC], App no 543/03, de 3 de octubre de 2006
Morrissey v. Brewer 408 U.S. 471, 485 (1972).
Murray v. the United Kingdom, App no 14310/88, de 28 de octubre de 1994
O'hara v. the United Kingdom, App no 37555/97, de 16 de octubre de 2001
Oral and Atabay v. Turkey, App no 39686/02, de 23 de junio de 2009
Ornelas v. United States 517 U.S. 690, 695 (1996).
Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014).
Samson v. California 547 U.S. 843 (2006).
Spinelli v. United States 393 U.S. 410 (1969).
 STC 26/2010, de 27 de abril
Stepuleac v. Moldova, App no 20269/09, 24065/09, de 16 de marzo de 2010
Steel v. United States, 267 U.S. 498, 504-505 (1925).
 STS 32/1995, de 4 de diciembre
 STS 2179/2002, de 26 de diciembre
 STS 611/2008, de 19 de junio
 STS 153/2015, de 18 de marzo
Terry v. Ohio 392 U.S. 1, 30 (1968).
Texas v. Brown 460 U.S. 730 (1983).
United States v. Grubbs 547 U.S. 90, 95 (2006).
United States v. Harris 403 U.S. 573 (1971).
United States v. Knight 534 U.S. 112, 118-121 (2001).
United States v. Sokolow 490 U.S. 1, 7(1989).
United States v. Ventresca 380, U.S. 102 (1965).
Vinks and Ribicka v. Latvia, App no 28926/10, de 30 de enero de 2020
Whitley v. Warden 401 U.S. 560, 564 (1971).
Winship 397 U.S. 358 (1970).

EXPLORANDO EL RAZONAMIENTO PROBATORIO EN CHILE. UN ESTUDIO PRELIMINAR DE LAS INTUICIONES JUDICIALES SOBRE EL DAÑO

Jonatan Valenzuela Saldías

Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad de Chile

jvalenzuela@derecho.uchile.cl

<https://orcid.org/0000-0002-9792-5637>

RESUMEN: el artículo presenta una aproximación al derecho probatorio en el campo del derecho de daños, a partir de los resultados de un trabajo empírico sobre intuiciones judiciales y de abogados respecto de la prueba del daño en la práctica judicial chilena. Se expone un estudio exploratorio en el que se aprecian concepciones vinculadas a la prueba del daño desde el punto de vista de los valores asociados a la decisión judicial, a los medios de prueba y a la regla de estándar de prueba que se estima aplicable en dicho campo.

PALABRAS CLAVE: prueba, daño, intuiciones.

EXPLORING EVIDENTIARY REASONING IN CHILE. A PRELIMINARY STUDY OF JUDICIAL INTUITIONS ABOUT TORT

ABSTRACT: The article presents a point of view on the evidentiary law in the field of tort law, as well as the results of an exploratory empirical work on judicial and lawyer intuitions regarding the proof of damage in the Chilean judicial practice. An exploratory study is presented in which conceptions

related to the proof of damage are appreciated from the point of view of the values associated with the judicial decision of the same as in relation to the means of proof and the rule of standard of proof that is deemed applicable in this field.

KEYWORDS: evidence, tort, intuitions.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO.— 3. LA METODOLOGÍA PARA UN ESTUDIO EXPLORATORIO.— 4. SOBRE EL DISEÑO DE ENCUESTA Y EL LEVANTAMIENTO DE DATOS.— 5. LAS INTUICIONES ENCONTRADAS: 5.1. Valores y prueba. 5.2. Estándar de prueba civil.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Los estudios de derecho probatorio en Chile se encuentran aún en fase de desarrollo, aunque muestran avances significativos en el último tiempo. Existen cada vez más textos académicos y horas destinadas al tratamiento de problemas relativos a las reglas probatorias y la actividad de probar. Sin embargo, resulta aún necesario afinar los conceptos con los que se comprende el fenómeno de la prueba con independencia del campo de estudio al que se atiende. Asimismo, además de producir conceptos y teorías sólidamente justificadas, es necesario realizar estudios empíricos que permitan conocer los hechos ocurridos en el mundo de la aplicación del razonamiento probatorio y las reglas sobre prueba, ya que, como es obvio, la manera de comprender la justificación de la premisa de hecho en las decisiones judiciales es central para cumplir con las exigencias del debido proceso. Quienes se dedican a teorizar sobre la prueba en Chile deben ser capaces también de ofrecer o estudiar algunas evidencias sobre lo que los tribunales y actores del sistema judicial realizan¹.

Con todo, este trabajo no pretende ofrecer resultados definitivos que permitan describir la realidad de la aplicación del derecho probatorio o de las instituciones civiles en el contexto del derecho chileno de daños. El objetivo es exponer el resultado de una investigación preliminar sobre diversas ideas e intuiciones vinculadas a la aplicación judicial del derecho de daños, particularmente desde el punto de vista probatorio. Por tanto, no se trata de un esfuerzo por mostrar la exacta fisonomía del razonamiento judicial en el ámbito del derecho de daños, ni tampoco de confirmar intuiciones académicas relativas a la pertinencia en el contexto judicial de la teoría de la prueba en general, y de la teoría racional de la prueba en particular. Antes bien, este trabajo ofrece una exploración empíricamente justificada sobre ciertas intuiciones relevantes para comprender, por una parte, la existencia de algunos puntos de

¹ Esta línea ha sido inaugurada hace algunos años de manera muy destacada por Mauricio Duce (2018, p. 223-262) en el ámbito del proceso penal y la prueba pericial. En el derecho procesal civil resulta ineludible el trabajo de Ricardo Lillo (2020, p. 127-165).

vista judiciales en el ámbito del derecho chileno asumiendo la perspectiva probatoria, y, por otra parte, verificar en qué medida ciertas concepciones sobre la teoría de la prueba resultan relevantes para la práctica judicial chilena. El análisis que ensayo no intenta resolver qué teoría de la prueba resulta más adecuada en general, aunque creo que es relativamente pacífico que, hoy en día, las tesis racionalistas sobre la prueba son particularmente útiles por pertinentes para esta clase de discusiones².

La investigación en cuestión se desplegó en dos fases. En la primera se convocó, con el apoyo del Instituto de Estudios Judiciales (en adelante IEJ), a un taller virtual de acceso abierto para jueces de diversas competencias interesados en discutir sobre la prueba del daño y la prueba del ámbito civil. El trabajo se desarrolló en formato de taller, se denominó «Desafíos de la prueba del daño civil» y se llevó a cabo los días 24 y 25 de septiembre de 2020. Dicho llamado buscaba validar un mecanismo que permitiera, *ex post*, escalar la búsqueda a un mayor número de jueces. Sin embargo, considerando que la agenda académica del IEJ lo ha convertido en una institución que excede a sus asociados y jueces, participaron de este taller además un grupo reducido de abogados y estudiantes de Derecho.

En la segunda fase, realizada durante el segundo semestre del año 2021, se diseñó y testeó un formulario de autoaplicación en línea. Los respondientes fueron jueces y abogados seleccionados mediante un muestreo por conveniencia de acuerdo con su accesibilidad³. Durante el primer semestre del año, se buscó alcanzar una muestra mayor de jueces, replicando la metodología del primer estudio. En esta etapa, se utilizó el instrumento diseñado con anterioridad, con la misma estructura de dimensiones y variables, pero aumentando la muestra al contar con la autorización para acceder al listado de jueces del IEJ, que suman dos tercios del total de jueces de Chile.

El estudio empírico se desarrolló con tres componentes: diseño de instrumento, levantamiento de información y análisis de datos. Originalmente, el estudio se desarrollaría de manera presencial, pero, como es sabido, el año 2020 estuvo condicionado por la pandemia por COVID-19, que obligó a que la mayoría de las actividades académicas se realizaran en modalidad remota. Razón por la cual el taller se llevó a efecto a través de una videoconferencia. A las personas que se inscribieron se les envió un enlace con una encuesta en línea que debieron contestar en los primeros diez minutos de la actividad.

Durante el año 2021 se diseñó una encuesta en línea que fue distribuida por el IEJ en todo Chile. Esta segunda etapa permitió aumentar el grupo de participantes en el estudio, enriqueciendo las conclusiones y mejorando la perspectiva.

² En alguna medida esto se explica en el trabajo de Accatino (2019).

³ Véase Hernández *et al.* (2007).

2. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE LA PRUEBA DEL DAÑO

Una exploración empírica como la que se propone no puede desplegarse sin dar cuenta de cierto escenario conceptual sobre el que el trabajo se construye. En la medida en que se pretende exponer un estudio preliminar sobre las intuiciones de quienes asumen un rol institucional de juez o parte en un procedimiento en relación con la prueba del daño civil, es imprescindible aclarar algunos conceptos e ideas precisamente sobre prueba y daño⁴.

La teoría racional de la prueba se ha ido imponiendo en la discusión académica y al mismo tiempo ha logrado permear, con diferentes grados de profundidad, la aplicación concreta del derecho. Si bien es posible discutir cuáles son los puntos centrales de esta aproximación conceptual, toda teoría racional de la prueba asume que la actividad probatoria que tiene lugar en el campo jurídico no es distinta de la actividad probatoria que se despliega en cualquier ámbito del conocimiento humano.

Por otro lado, un objetivo persistentemente perseguido en el análisis del llamado «derecho probatorio» es permitir el control intersubjetivo de las decisiones. Dentro de ellas, las decisiones judiciales ocupan un lugar relevante para quienes se dedican a estudiar el derecho. La premisa central de esta aproximación es que los fundamentos epistémicos a partir de los cuales pueden justificarse las decisiones judiciales deben ser conocidos y comprendidos por todas las personas. De lo que se sigue que deberían desterrarse del campo de la comprensión judicial todos los argumentos contruidos sobre la base de la concurrencia de perspectivas subjetivas. Lo que en resumidos términos quiere decir es que las denominadas «convicciones» no constituyen buenas razones para decidir porque, en realidad, no constituyen razones⁵.

La doctrina civil chilena ha prestado atención a la existencia de ciertos problemas particulares de la denominada «prueba del daño». A diferencia de lo que ocurre en otros campos jurídicos, la dogmática civil ha identificado como dimensión conceptualmente relevante la justificación de la premisa de hecho. Incluso existen argumentos desplegados directamente desde la idea de prueba del daño, es decir, se han tematizado con claridad algunas dimensiones del concepto de daño y su tratamiento

⁴ Sin perjuicio de que se trata de una materia que la doctrina civil trata frecuentemente, existen enfoques particularmente interesantes que permiten redefinir las coordenadas teóricas de la comprensión de las instituciones del derecho de daños. Véase, en este sentido, Papayannis (2013).

⁵ Debe apuntarse que la noción de convicción ha sido persistentemente referida tanto en la práctica judicial como en la doctrina chilena. Cuestión que, sin embargo, no desplaza la necesidad de desplegar nuestros esfuerzos en construir, desde una perspectiva general, una práctica basada en comprensiones precisas. Al respecto puede consultarse el trabajo de Ferrer (2021). Resulta interesante la posición al respecto defendida por Dei Vecchi (2022).

jurídico que tienen un fuerte impacto probatorio y que, por tanto, son incidentes en el ámbito procesal⁶.

La sola idea de existencia de un régimen de responsabilidad civil y su subsecuente estructura de análisis rompen con la clásica intuición procesal que considera un único proceso civil para toda clase de asuntos patrimoniales. En esta medida, la dogmática civil chilena se encuentra en un estado de desarrollo y precisión más amplio que el que encontramos en la doctrina procesal chilena. La discusión civil sobre la prueba del daño, a pesar de ignorar fuentes y argumentos hoy en día comúnmente compartidos en la doctrina sobre prueba, se dirige sobre un campo de fenómenos particulares que permiten comprender el derecho civil como un sistema que admite casos diversos. Esto se diferencia de lo que ocurre en la doctrina procesal, en la que se le da tratamiento al proceso civil en general, y a los problemas vinculados a la regulación de los procedimientos civiles, sin mostrar conciencia alguna de la relevancia de la fisonomía de la decisión judicial relativa a un cierto tipo de relación, de fenómeno y de expectativa y, sobre todo, a la producción de cierta clase de error en el derecho. Esta última caracterización no ha sido recogida en el estudio del derecho procesal chileno, en el que se sigue pensando en problemas probatorios «civiles» en general sin recoger, entonces, las discusiones particulares de la noción de daño y su subsecuente capacidad de generar cuestionamientos a las estructuras probatorias en general⁷.

A pesar de que la dogmática civil chilena exhibe una sofisticación mayor en el tratamiento del daño que la doctrina procesal chilena, planteando preguntas sustantivas sobre el acaecimiento de hechos y su cognoscibilidad, hace falta un análisis preciso de los principales problemas que se enfrentan en el juicio de responsabilidad civil por daño desde el punto de vista probatorio. Como se ha sugerido, lo anterior se explica por la tendencia de la dogmática civil a aproximarse a la dimensión fáctica del problema con cierta pretensión de autonomía conceptual que, por un lado, provoca un colapso del análisis realizado al usar conceptos propios de una comprensión sustantiva que, en muchos casos, no pueden explicar los fenómenos enfrentados, y, por otro lado, ignora el desarrollo doctrinario del ámbito probatorio en el derecho comparado.

En dicho contexto, una pregunta particularmente relevante es la que enfrenta el diseño del estándar de prueba en el sistema de enjuiciamiento civil. Como ha sostenido entre nosotros Jorge Larroucau, la conceptualización del estándar de prueba civil resulta necesaria como piedra angular de la comprensión del proceso civil. La ausencia de reglas explícitas relativas a la suficiencia probatoria permite la existencia de criterios subjetivos e incontrolables sobre la justificación de la premisa fáctica de las sentencias. Así las cosas, resulta una labor ineludible para la dogmática civil y la dogmática procesal, así como para los estudios de derecho en general, la formulación

⁶ Así, Femenías (2011) y González y Cárdenas (2007).

⁷ Esta especialidad puede predicarse también del derecho de familia. Sobre este asunto, véase Ezurmendia (2020).

de una regla de estándar de prueba en materia civil que sea capaz de superar dicho estado de incertidumbre y ofrezca a la comunidad jurídica un modo de control relativo a la prueba de los hechos⁸.

El concepto central que debe tenerse en cuenta para ello es el de «error». En términos probatorios, el error supone un defecto en los mecanismos de conocimiento de los enunciados acerca de los hechos propuestos por las partes. Ese defecto conduce a la afirmación de verdad de una hipótesis de hecho falsa o a la afirmación de falsedad de una hipótesis de hecho verdadera. La exigencia probatoria relativa al tipo de error que se producirá debe expresarse en una regla de estándar de prueba. Cuestión que no es un problema de valoración probatoria, es decir, no es un asunto del sentido y la fuerza de los medios de prueba en particular respecto de secciones de las hipótesis de hecho generales que conforman el caso que debe resolverse⁹. En términos estrictamente probatorios, el error en el proceso consiste en producir sentencias que no se ajustan a la verdad: se produce un error cuando se concede una demanda civil basada en una hipótesis de hecho falsa o cuando se deniega una demanda que se basa en una hipótesis de hecho verdadera. Por cierto, esa conceptualización supone que pueda conocerse la verdad empírica de las hipótesis en juego. Cabe hacer presente que este no es el único tipo de error que, en términos epistemológicos, puede producirse en un proceso, pero es sin duda un error central que puede producirse en la sentencia.

La construcción de un estándar de prueba tiene la capacidad de definir, en el universo de casos erróneos, el modo en que el error probatorio será distribuido según ciertas preferencias que se encuentran moralmente justificadas. En esa medida, la distribución expresa una preferencia que tiende a dar cumplimiento a un acuerdo político o valorativo¹⁰. Cuestión que puede explicarse fácilmente si asumimos que existe algo así como un estado predefinido de distribución. Por ejemplo, si sostenemos que en materia civil la parte demandante y la parte demandada deben soportar de manera simétrica el riesgo de error, entonces deberíamos diseñar reglas que permitan dar cuenta de ese pie de igualdad. Sin embargo, esa simetría supone encontrar un argumento, de coste moral o valorativo, que justifique la existencia de una pretensión de equilibrio. Ya que la igualdad se presenta como un valor por defecto, su alteración

⁸ Véase, Larroucau (2012) y el reciente trabajo de Ferrer (2021), quien sostiene que «dado que la decisión sobre el nivel exigido de suficiencia probatoria supone determinar la distribución que se estima adecuada del riesgo de error sobre las partes, ese particularismo no puede ser epistémico, porque no es epistemología esa decisión sino política-moral. Estamos, pues, ante un modo de decisión política o moral particularista, que o bien entrega la decisión en el caso concreto, o bien entrega la decisión a la arbitrariedad judicial» (p. 28).

⁹ Véase, en España, Gascón (2005); en Chile, Carbonell (2017).

¹⁰ Este es un problema acuciante en la literatura sobre estándares probatorios. Una dimensión política o moral que determina el contenido o sentido del error relevante que la formulación de la regla de estándar debe tener en cuenta, ha de considerarse un problema relativo a la moral. Me parece complejo, asumiendo un escepticismo moral, entrar en esta discusión, ya que la moral es un lenguaje que no alude a eventos verificables y que, por lo tanto, no puede conocerse. En el mismo sentido, Ferrer (2021, p. 29-33).

supone reconocer razones de orden moral o político que tengan la suficiente importancia para considerar que esa simetría entre las partes debe ceder, resultando una distribución inequitativa del riesgo de error.

El intento de acometer el debate filosófico-político relativo a la preeminencia de la igualdad en el orden del derecho privado excede con creces las posibilidades de este trabajo. Aun así, puede reconocerse fácilmente que la dogmática civil se basa en la articulación de los ideales ilustrados que dieron lugar al proceso de codificación, entre los que se incluyen la libertad, la igualdad, la libre circulación de bienes, la responsabilidad, la equidad, entre otros. Es justamente sobre ese debate que se dirige el punto de coincidencia más saliente entre la dogmática civil chilena y las actuales discusiones en el ámbito del derecho probatorio: las valoraciones o las consideraciones relativas a ideales de la regulación son parte del contenido del error en materia probatoria. Cuando nos preguntamos por la relevancia de la producción de falsos positivos o falsos negativos en el ámbito judicial y asumimos la necesidad de construir una regla que defina el umbral de suficiencia probatoria y, por tanto, que permita distribuir sus errores, aludimos también a un campo en el que las valoraciones o preferencias políticas y morales determinan el nivel de exigencia probatoria. La formulación de un estándar de prueba en este campo exige dotar de sentido a ciertos acuerdos de corte moral y político vinculados a ideales de la regulación. A pesar de tratarse de una regla con una función epistemológica clara, dada su naturaleza jurídica debe reconocerse en su formulación un espacio en el que las razones que fundamentan los niveles de exigencia sobre la prueba respondan a intuiciones morales y políticas.

La regla de estándar probatorio que define el proceso civil, conforme a una extendida opinión, es la *probabilidad prevaleciente* o *preponderancia de evidencia*. Según esa comprensión, el riesgo de error de la sentencia debe entenderse equitativamente distribuido entre la parte demandante y la parte demandada. En ese escenario, el error de conceder una demanda que no debía concederse o de denegar una que debía concederse corre en pie de igualdad tanto para la parte demandante como para la parte demandada¹¹. La idea que se encuentra detrás de esta comprensión, como se adelantaba, es la igualdad en la distribución del riesgo. En este sentido, la posibilidad de soportar los errores desde el punto de vista probatorio por parte de quienes deciden intervenir en un litigio civil está marcada por la idea de simetría¹².

Estas consideraciones suponen, a su vez, dar por correcto el argumento según el cual la igualdad es central como premisa de comportamiento en el ámbito del derecho privado. Lo que quiere decir que el defecto en las relaciones sociales por definición es la ventaja injustificada de una persona sobre otra. De lo que se sigue que el derecho civil es utilizado como mecanismo de destierro del reino de los fines de otro, presentándose como el núcleo fundamental de la jurisdicción en el campo civil.

¹¹ Véase Larroucau (2012). En general, sobre los intereses en torno al estándar de prueba puede consultarse Reyes (2015, p. 15-35).

¹² Así lo ha visto Larroucau (2012).

Por dicha razón, la regla fundamental en el ámbito probatorio es la que persigue ese ideal de igualdad, asumiendo el concepto de «simetría» un lugar esencial de cara a la distribución de errores probatorios en el procedimiento civil.

Un caso de ejercicio de jurisdicción en el campo civil está constituido por el denominado derecho de daños. El estatuto de responsabilidad civil extracontractual es uno de los registros en que este ideal igualitario se despliega, adoptando exigencias probatorias equilibradas entre las partes cuando se trata de perseguir el resarcimiento del daño padecido en sus diversas formas. Dado que el derecho de daños es un «caso especial», en el sentido de que designa un cierto registro de ejercicio jurisdiccional cuando se trata de conocer aquellos casos que constituyen el daño civil, la dogmática ha dedicado intensos esfuerzos a describir la organización conceptual de este grupo de fenómenos. Lo relevante para este estudio es que esos esfuerzos tienen una dimensión probatoria.

Al reconstruir las nociones probatorias asociadas al derecho de daños en la literatura chilena nos encontramos, en primer lugar, con una taxonomía que alude al fenómeno del daño. De este modo, existiría un daño patrimonial y un daño moral. Dentro del daño patrimonial se encuentra el *daño patrimonial emergente pasado*, el *daño emergente futuro* y el *lucro cesante*¹³.

La prueba del *daño patrimonial emergente pasado* conforme a la doctrina admite «grados elevados de objetividad» (Barros, 2006, p. 261). El *daño patrimonial emergente futuro*, en cambio, parece sujetarse al recurso de «antecedentes estadísticos» que determine su cognoscibilidad. Es interesante verificar esta aproximación: si el daño es pasado, entonces la objetividad es mayor; en cambio, si el daño es futuro, es decir, si se despliega durante el tiempo en eventos que no han ocurrido, se recurre a regularidades estadísticas como explicación.

El *lucro cesante*, que consiste en las ganancias perdidas por causa del daño, debe observarse conforme con un «elemento contingente»: la prueba de la hipótesis de haberse obtenido ciertos ingresos impedidos por el daño. Se sostiene a este respecto que debe recurrirse a un criterio de «valoración objetiva», pero no es claro que se trate de los niveles de objetividad aludidos para el *daño patrimonial emergente pasado* ni tampoco que se trate de datos estadísticos. El principal criterio, a estos efectos, es el denominado «curso ordinario de las cosas». Sin embargo, se reconoce la existencia de casos en que ese «curso ordinario» no puede definir el lucro cesante y en los que, entonces, se utiliza otro criterio denominado «probabilidad como factor de medición del daño indemnizable». Respecto del daño patrimonial se sostiene, además, una necesidad general de «razonamiento probatorio concreto» que «no excluye el uso de presunciones judiciales» (Barros, 2006, p. 261-266)¹⁴.

¹³ Véase, por todos, Barros (2006, p. 261 y ss.).

¹⁴ Desde el problema de la responsabilidad medica puede consultarse García (2019, p. 188-224).

Respecto del *daño moral* se asume que, dado que el juicio de responsabilidad se construye con una premisa de hecho, debe ser probado por quien lo alega estableciendo de algún modo la existencia del dolor. En ese sentido, se asocia de inmediato la existencia de «severas restricciones probatorias» considerando que se corresponde con fenómenos del mundo de los sentimientos: el dolor, la aflicción, el padecimiento, el sufrimiento (Barros, 2006, p. 332)¹⁵. El daño moral parece ofrecer dificultades relativas a «las limitaciones del lenguaje» que «nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración» (p. 261-266). Por ello, se ha entendido que la prueba del daño moral contiene una pretensión de «rasguñar un vidrio», que es la metáfora propuesta por Barros. La implicancia que de ello se sigue para el derecho probatorio es que el daño moral no admite inferencias a través de «pruebas directas», sino que solo podría conocerse a través de presunciones judiciales. La presunción se basaría en «la experiencia compartida acerca de las fuentes del dolor y la decepción»¹⁶. Además, se afirma que la denominada prueba científica —en particular la médica— podría aportar indicios que den lugar a una determinación, no absoluta, del dolor (Diez, 2016, p. 134).

Considerando estas concepciones presentes en la doctrina chilena mayoritaria podría reconstruirse, desde la perspectiva del razonamiento probatorio, un esquema como el siguiente:

- a) Existe una *exigencia de objetividad* basada en evidencias para los casos de daño patrimonial emergente pasado;
- b) Existe una *exigencia de antecedentes estadísticos* para los casos de daño patrimonial emergente futuro;
- c) Existe una *exigencia de probabilidad y curso normal de los acontecimientos* para los casos de lucro cesante;
- d) Existe una *exigencia de razonamiento presuntivo* para los casos de daño moral.

Cabe mencionar que los criterios identificados se entrelazan y que, en varias ocasiones, es confusa o vaga la manera en que son referidos, pero si es posible reconocer algún arsenal de ideas relacionadas con la prueba del daño en la literatura chilena, este responde en lo esencial al esquema antes descrito. Queda por precisar la función que para estas ideas tiene un determinado estándar probatorio, o si la fenomenología hasta aquí usada (*v. gr.* que un daño sea emergente) impacta en el uso de los medios probatorios y su valoración. En resumidos términos, bajo esta taxonomía y su subsecuente recurso al lenguaje del derecho probatorio, no es clara la organización de las diversas reglas sobre prueba en el escenario de la prueba del daño en particular.

Una de las dimensiones relevantes del problema frente al escenario descrito es estudiar las intuiciones de los actores del sistema judicial. Con ello simplemente se

¹⁵ En el ámbito comparado resulta ineludible lo sostenido por Papayannis (2014, p. 350-381).

¹⁶ Así se desprende de la comprensión general relativa a la prueba del daño moral. Véase, por ejemplo, Casanova (2016, p. 50-121).

alude a las ideas presentes en los operadores judiciales cuando son consultados sobre prueba del daño considerando la distancia que parece existir entre las intuiciones sustantivas y las intuiciones probatorias. Un primer paso en el análisis debe dirigirse a las instituciones básicas que se asumen en los litigios sobre daño. Es claro que estas ideas tienen un impacto directo en la resolución de los casos donde los jueces las advierten y, por tanto, forman parte del ámbito de la aplicación del derecho. Por ello debemos intentar comprender el sentido que asignan esos jueces a diversas instituciones probatorias. Es decir, es posible que lo que se piense que es una institución con determinadas funciones en el ámbito puramente teórico resulte modificado o recibido de un modo diverso en el contexto de la percepción y aplicación del derecho de daños. En esa línea, el presente trabajo se concentra principalmente en los hallazgos en torno a la construcción del estándar de prueba en la medida en que se trata de una institución que ha recibido especial atención doctrinaria en el último tiempo y cuya importancia ha permeado la praxis judicial. De ahí que tal vez resulte interesante verificar las intuiciones que, en el caso del derecho de daños, pueden asociarse a dicha comprensión.

3. LA METODOLOGÍA PARA UN ESTUDIO EXPLORATORIO

Teniendo en cuenta los problemas conceptuales brevemente reseñados en el apartado anterior, se expondrán algunos resultados del estudio ejecutado. Como se ha indicado, este se ha enfocado en las intuiciones existentes sobre el derecho probatorio y el daño por parte de quienes asumen un rol de juez o parte en la práctica judicial chilena. Para ello, se ha desarrollado una investigación empírica exploratoria, de bajo alcance, que busca mostrar esas intuiciones en el entendido de que pueden servir de base a un enfrentamiento más extenso sobre prueba del daño en Chile en el futuro.

Este estudio ha sido realizado con un grupo de jueces y abogados mediante una convocatoria abierta titulada «Desafíos probatorios de la prueba del daño». Se trató de una invitación que contó con el apoyo del IEJ. Se enviaron correos electrónicos a las personas asociadas —que son jueces de todo el país y de competencias diversas— y se publicó la invitación en las redes sociales. El trabajo presupuestado incluía la aplicación de una encuesta en línea sobre diversos aspectos vinculados a la decisión probatoria, específicamente en el llamado derecho de daños.

La metodología aplicada es de carácter cuantitativo y exploratorio, ya que busca identificar las características de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Hernández *et al.*, 2007). En particular, las metodologías exploratorias se utilizan en aquellos casos en que el objeto de investigación ha sido escasamente estudiado, como es el de las intuiciones de los jueces y abogados sobre prueba en el derecho de daños (Hernández *et al.*, 2007; Straits y Singleton, 2011). El proceso de consulta se desplegó en tres etapas: diseño del instrumento, levantamiento de información y análisis de datos.

La primera etapa consistió en el diseño del instrumento titulado «Encuesta sobre problemas probatorios del daño», que tuvo como objetivo representar correctamente, a través de distintos indicadores, las valoraciones y las percepciones asociadas a la aplicación de las reglas e instituciones de derecho probatorio a casos civiles de daños. El diseño de este formulario se realizó, a su vez, en dos subetapas: en primer lugar, se buscó construir un instrumento válido, es decir que sea capaz de medir lo que dice medir (Trochim, 2000). Cuestión que se logra realizando un proceso de revisión de conceptos a partir de un fundamento teórico sólido. Dado que la validez de contenido se funda en el juicio experto o teórico, el proceso se lleva a cabo con el equipo investigador, con quienes se debate sobre los conceptos que componen el marco teórico: en este caso, las reglas de derecho probatorio aplicables a casos civiles de daños (Kalton G. *et al.*, 1980). En segundo lugar, a partir de los conceptos validados a través del debate, de la revisión teórica y conceptual y de otras encuestas relativas a esta área del derecho, se diseñan indicadores estandarizados para medir el objeto de interés. El formulario resultante considera que el formato de la encuesta es CAPI (*Computer-assisted personal interviewing*), por lo que privilegia la brevedad y sencillez del mismo. La técnica CAPI disminuye la deseabilidad social, pero tiene como desventaja que las personas encuestadas pueden no comprender las preguntas y abandonar el formulario más fácilmente que en una encuesta cara a cara (Groves *et al.*, 2009).

La segunda etapa consistió en la programación del formulario en una plataforma virtual y el envío para la autoaplicación del instrumento de levantamiento de información a una muestra por conveniencia. Este tipo de muestra da cuenta de una selección de participantes a los que el investigador puede acceder de forma relativamente sencilla. Es un método de bajo costo, simple y rápido, pero no es representativo de la población (Straits y Singleton, 2011). Cabe destacar que, siguiendo los estándares éticos de la Universidad de Chile, al ser enviado el formulario contó con un consentimiento informado para el uso limitado de la información provista con fines del estudio y sin individualizar a quienes participan.

Finalmente, la última etapa correspondió al análisis descriptivo de los resultados obtenidos de la recolección de información a partir del instrumento. Como la encuesta se aplicó a través de una plataforma web, el proceso de digitación fue automatizado. No obstante, los datos fueron validados y procesados previo análisis descriptivo de cada ítem.

Para una mejor comprensión de la información, se ha dividido el análisis de los datos en tres grupos: datos sobre valores y prueba; datos sobre medios de prueba; y datos sobre decisión probatoria.

4. SOBRE EL DISEÑO DE ENCUESTA Y EL LEVANTAMIENTO DE DATOS

El diseño del instrumento «Encuesta problemas probatorios del daño» se realizó en dos subetapas. El formulario contó con nueve preguntas sobre valoraciones y percepciones asociadas a la aplicación de las reglas de derecho probatorio a casos civiles de daños y cinco preguntas sobre el perfil de la persona encuestada según lo señalado en el esquema que sigue.

| | Enunciado | Subcategoría | Acción requerida | Alternativas de respuesta |
|---|--|---|----------------------------------|---|
| 1 | Ordene de mayor a menor importancia el listado de valores que se deben considerar en las decisiones judiciales sobre el daño civil (ordene todos los valores, donde 1 es el valor más importante y 5 el menos importante. Apriete, arrastre y suelte cada uno de ellos): | N/A | Ordenar de acuerdo a importancia | Censura (de un mal) Circulación de bienes Igualdad Reparación Verdad |
| 2 | Ordene de mayor a menor importancia el listado de medios probatorios en materia de daños (ordene todos los medios probatorios, donde 1 es el medio probatorio más importante y 6 el menos importante. Apriete, arrastre y suelte cada uno de ellos): | N/A | Ordenar de acuerdo a importancia | Confesión de parte Informes de peritos Inspección personal del tribunal Instrumentos Presunciones Testigos |
| 3 | Para los siguientes tres casos: daño emergente, lucro cesante y daño moral, ¿qué tan de acuerdo está con que un tribunal requiera prueba directa de los hechos enunciados por el demandante? | Daño emergente Lucro cesante Daño moral | Opción múltiple (acuerdo) | Muy en desacuerdo En desacuerdo De acuerdo Muy de acuerdo |
| 4 | De acuerdo a su opinión y para los siguientes tres tipos de pruebas: prueba de daño emergente, prueba de lucro cesante y prueba de daño moral, ¿con qué frecuencia es relevante la prueba pericial? | Prueba de daño emergente Prueba de lucro cesante Prueba de daño moral | Opción múltiple (frecuencia) | Ningún caso Muy pocos casos La mayoría de los casos Todos los casos |

| | | | | |
|---|--|---|------------------------------|---|
| 5 | De acuerdo a su opinión y para los siguientes tres casos: daño emergente, lucro cesante y daño moral, ¿con qué frecuencia el «curso regular de los acontecimientos» es un criterio aplicable?: | Daño emergente Lucro cesante Daño moral | Opción múltiple (frecuencia) | Nunca Muy pocas Veces La mayoría de las veces Siempre |
| 6 | ¿Qué tan de acuerdo está con la siguiente afirmación?: en nuestro derecho existe una regla estándar de prueba para definir la suficiencia probatoria en los casos de daño civil. | N/A | Opción múltiple (acuerdo) | Muy en desacuerdo En desacuerdo De acuerdo Muy de acuerdo |
| 7 | ¿Qué tan de acuerdo está con la siguiente afirmación?: existe un criterio probatorio sobre estándar de prueba civil en la jurisprudencia chilena. | N/A | Opción múltiple (acuerdo) | Muy en desacuerdo En desacuerdo De acuerdo Muy de acuerdo |
| 8 | De acuerdo a su opinión, ¿con qué frecuencia se aplica la regla de preponderancia de evidencia en los juicios civiles? | N/A | Opción múltiple (frecuencia) | Ningún caso Muy pocos casos Mayoría de los casos Todos los casos |
| 9 | De acuerdo a su opinión, ¿cuáles son las dos hipótesis que deben entenderse incluidas en la regla de estándar de prueba civil? | N/A | Priorización | Que la hipótesis sea comparativamente la más fuerte Que la hipótesis sea completa Que la hipótesis sea más fuerte que la de la contraparte Que la hipótesis sea la más probablemente verdadera Que la hipótesis sea la que determine la convicción del tribunal |

De una lista de contactos disponibles se invita a participar del taller sobre derecho probatorio de daños a jueces y abogados. Se realizaron dos sesiones y a quienes participaron se les solicitó completar la encuesta antes de partir la actividad lectiva. Producto de esta estrategia muestral se obtuvieron treinta y cuatro respuestas al formulario.

Tras la etapa de diseño y testeo del instrumento para representar las valoraciones y las percepciones asociadas a la aplicación de las reglas de derecho probatorio a casos civiles de daños, se realizó el levantamiento y análisis de información. Para ello, se consideraron los elementos básicos de diseño muestral, esto es, una lista de los elementos de la población objetivo (jueces que están inscritos/as en el IEJ); que

todas las personas de la población objetivo tuvieron la misma probabilidad de ser seleccionadas en esta muestra y, por ende, ser incluidas en el estudio, y la aplicación de mecanismos de control que permitan monitorear que todos los subgrupos de la población participen de la muestra (Groves *et al.*, 2009).

El marco muestral fue diseñado a partir de una base de datos anonimizada de las personas afiliadas al IEJ. El IEJ proporcionó la información durante marzo del 2021 en dieciocho planillas Excel correspondientes a cada jurisdicción del país. Cada planilla presentaba información sobre el cargo, el tribunal y la ciudad en campos de registro abierto.

La información recibida fue procesada para construir información descriptiva de la población objetivo. Para ello, se realizó el siguiente proceso: 1) unificación de listados por jurisdicción; 2) desagregación de información disponible en una columna; 3) estandarización de información, y 4) construcción de categorías (ciudad, cargo, sexo, tribunal).

Este marco muestral arrojó los siguientes resultados:

- El IEJ cuenta con un total de 1.246 personas afiliadas a lo largo del país.
- La mayor parte de las personas afiliadas a esta institución (50,2%) se encuentra en las jurisdicciones de Santiago (19,9%), San Miguel (11,2%), Valparaíso (10,2%) y Concepción (8,8%).
- Las funciones que realizan son juez/a (75,88%), ministro/a (10,13%), secretario/a (7,15%), relator/a (4,5%), fiscal (1,69%), presidente/a (0,56%) y defensor/a (0,08%).
- Los tribunales con mayor representación en la población son tribunales de Juicio oral en lo penal (20,4%), juzgados de familia (18,06%), juzgados de garantía (17,02%) y cortes de apelaciones (16,85%).

La estrategia muestral utilizada fue de muestreo aleatorio simple, un tipo de muestreo probabilístico en el cual todos los jueces del IEJ tuvieron la misma oportunidad de ser incluidos en la muestra. Lo que significa que la probabilidad de selección de un juez x es independiente de la probabilidad que tiene el resto de los jueces que pertenecen al IEJ. Utilizando un muestreo aleatorio simple y con un tamaño de la población de 1.246, se debían alcanzar 254 respuestas para que la muestra sea representativa con un nivel de confianza del 95%.

El tamaño de la muestra se define por tres conceptos: el tamaño de la población, que corresponde a la cantidad total de personas del grupo, es decir, la población objetivo; el margen de error, que es el porcentaje que señala en qué medida se puede esperar que los resultados de la encuesta reflejan la opinión de la población objetivo; y el nivel de confianza que, en términos de representatividad, tienen los resultados (Groves *et al.*, 2009).

Para lograr este nivel de confianza se desplegó una estrategia de levantamiento de información que tomó en consideración distintos aspectos formales que, de acuerdo

con la literatura, mejoran la tasa de respuesta de las encuestas en línea. A saber, se diseñan y seleccionan para la población objetivo un remitente adecuado, un asunto atractivo, un cuerpo breve, entre otros aspectos. A modo de síntesis, se presentan en la siguiente tabla.

| Tema | Diseño |
|----------------------|--|
| Remitente | Desde la casilla de correo electrónico institucional el remitente tiene que generar confianza en el destinatario. El IEJ solicitó ser el remitente de todos los envíos, por lo que el equipo investigador no tuvo comunicación directa alguna con los y las participantes. |
| Asunto | Explicativo del contenido del correo electrónico. Se buscaron asuntos interesantes, evitando las generalidades para fomentar la lectura del correo electrónico. |
| Destinatario | Se utilizó la base de datos del IEJ, que incluye el nombre de los destinatarios y las destinatarias: el correo electrónico se envió de forma personalizada. La evidencia muestra que la personalización de los correos electrónicos mejora la tasa de respuesta. |
| Cuerpo | Se diseñaron contenidos distintos para cada mensaje, incluyendo material gráfico que hiciera la información presentada más amigable. Mayor contenido visual mejora las probabilidades de ingreso a la encuesta. Los contenidos fueron breves, exponiendo el propósito de la encuesta, e incluyeron una solicitud explícita a tomar acción respecto a un tema contestando la encuesta. Para mejorar la tasa de ingreso a la encuesta se explicitó en qué consiste la participación: respuesta de una encuesta en línea, de cinco a diez minutos, sin gratificación. Al menos tres mensajes se redactaron con el objetivo de introducir el estudio, hacer seguimiento a la respuesta de la encuesta y agradecer la participación. |
| Medio de envío | Aunque la programación solo consideró el envío de la encuesta vía correo electrónico, la baja participación en la encuesta en esta modalidad motivó la necesidad de buscar alternativas de contacto con los afiliados del IEJ. Por lo tanto, el envío fue en un primer momento solo vía correo electrónico, pero luego fue reforzado con envíos por WhatsApp a través de los representantes regionales del IEJ. |
| Frecuencia de envíos | En general, no es recomendable una alta frecuencia de envíos, ya que los destinatarios se pueden ver abrumados y dejar de revisar los correos del remitente o cancelar su suscripción a la lista. De este modo, para evitar la saturación de los encuestados, se realizaron envíos de baja frecuencia, cada dos o tres semanas, |

Al enfocarnos en la representatividad, el procedimiento de envío de la invitación a participar de la encuesta en línea fue administrado por el IEJ, que realizó envíos de correos electrónicos personalizados vía Outlook y recordatorios a través de WhatsApp. Adicionalmente, se sumaron a esta muestra las respuestas obtenidas en el pilotaje. Se obtuvieron en total 123 respuestas, que representan un 9,87% de la población objetivo (N: 1246). La distribución de la muestra fue la siguiente¹⁷:

¹⁷ Como se aprecia se realizó tres rondas en el uso de la convocatoria al instrumento, concentrándose en personas que no hubieran contestado la encuesta en procesos anteriores

| Tipo | N | % |
|------------------------|-----|--------|
| Encuesta 2020 | 19 | 15,4% |
| Encuesta email 2021 | 78 | 63,4% |
| Encuesta WhatsApp 2021 | 26 | 21,1% |
| Total | 123 | 100,0% |

La información obtenida de estas respuestas fue sometida a un análisis descriptivo. Los resultados obtenidos no son representativos de la población objetivo lo que, sin embargo, no quiere decir que la información recabada sea poco fiable. La representatividad de un universo de sujetos es una de las maneras de comprender la relevancia o importancia de los datos con que se cuenta, pero no prejuzga su fiabilidad: no todo estudio empírico puede pretenderse representativo. En este caso, se trata de un estudio exploratorio que, por un lado, tiene el propósito de recabar información para dar cuenta de un estado de cosas en lo relativo a las respuestas encontradas y, por otro lado, sirve de base a un estudio más extenso en el futuro.

A continuación, los gráficos muestran la distribución de los perfiles de las personas afiliadas al IEJ en comparación con la distribución de los perfiles de la muestra de este estudio.

Como se observa, la distribución por sexo y cargo para el marco muestral y la muestra obtenida no presentan mayores diferencias. En el caso del sexo, la distribución es equivalente, y respecto del cargo hay una representación levemente mayor de jueces en la muestra obtenida.

Las siguientes tablas, que muestran la comparación de la distribución de los perfiles de las personas afiliadas al IEJ y de las personas respondientes según tipo de tribunal y jurisdicción, dan cuenta de algunas diferencias. A modo de ejemplo, los encuestados que cumplen funciones en juzgados de familia (5,8%) son porcentualmente menos que aquellas personas afiliadas al IEJ pertenecientes a dicho tipo de tribunales (18,1%). Por su parte, en términos de la jurisdicción de pertenencia, hay una evidente sobrerrepresentación de encuestados de Chillán (12,5%) en relación con las personas afiliadas al IEJ de la misma jurisdicción (2,9%).

Comparación de distribución según tipo de tribunal

| Tribunal | % Marco muestral | % Muestra |
|-------------------------------------|------------------|-----------|
| Tribunal de juicio oral en lo penal | 20,4% | 22,1% |
| Juzgado de familia | 18,1% | 5,8% |
| Juzgado de garantía | 17,0% | 8,7% |
| Corte de apelaciones | 16,9% | 18,3% |

| | | |
|--|------|-------|
| Juzgado de letras | 7,7% | 7,7% |
| Juzgado de letras del trabajo | 6,6% | 7,7% |
| Juzgado civil | 5,8% | 10,6% |
| Juzgado de letras con competencia mixta | 5,6% | 13,5% |
| Corte suprema | 1,3% | 2,9% |
| Juzgado de cobranza laboral y pre-visual | 0,6% | 2,9% |

Comparación de distribución según jurisdicción

| Jurisdicción | % Marco muestral | % Muestra |
|---------------|------------------|-----------|
| Santiago | 19,9% | 18,3% |
| San Miguel | 11,2% | 7,7% |
| Valparaíso | 10,2% | 10,6% |
| Concepción | 8,9% | 6,7% |
| Rancagua | 6,1% | 8,7% |
| Talca | 6,0% | 3,8% |
| Temuco | 5,5% | 7,7% |
| Valdivia | 4,5% | 4,8% |
| La Serena | 4,2% | 5,8% |
| Antofagasta | 4,1% | 1,9% |
| Puerto Montt | 3,9% | 2,9% |
| Copiapó | 3,0% | 1,0% |
| Chillán | 2,9% | 12,5% |
| Iquique | 2,9% | 1,0% |
| Arica | 2,2% | 1,9% |
| Coyhaique | 1,7% | 1,9% |
| Corte suprema | 1,4% | 1,0% |
| Punta Arenas | 1,3% | 1,9% |

5. LAS INTUICIONES ENCONTRADAS

Como hemos anunciado, el estudio tuvo como objetivo identificar las intuiciones relativas a ciertos conceptos fundamentales del razonamiento probatorio en el entendido de que contribuye a generar un nivel de conocimiento que suele estar en la más completa oscuridad. Al tratarse de un estudio exploratorio, se buscó recabar información relativa a la manera en que se conciben ciertas instituciones vinculadas

al fenómeno de la prueba del daño. En lo que sigue nos concentraremos en la etapa de decisión probatoria propiamente tal. Si bien la encuesta contuvo preguntas diversas, en este artículo nos centraremos en analizar las vinculadas a los valores y a la actividad probatoria, para luego considerar las respuestas relativas a la formulación del estándar de prueba civil en materia de daños. La razón por la cual se procederá de este modo es que, para comprender la actividad probatoria en el derecho de daños, resulta necesario tener claridad de la regla que establece la suficiencia probatoria para la decisión judicial. Existieron preguntas sobre medios probatorios, sobre sentido de la prueba científica y sobre relevancia de la justificación de la premisa de hecho, cuyas respuestas se ofrecerán en un trabajo diferente.

Junto a ello, la doctrina sobre prueba muestra cierta dificultad para referirse a las consideraciones de orden político o moral que impactan en el nivel de exigencia de la regla que contiene el estándar de prueba. Lo anterior se produce por una razón bastante sencilla: las consideraciones de orden moral o político no son conceptualmente cognoscibles debido a que los acuerdos en materia moral o política no son objeto de «conocimiento» en sentido estricto. Cuando hablamos de la comprensión de las consideraciones morales o políticas no nos referimos al descubrimiento del mundo, por lo que no nos enfrentamos a una dimensión epistemológica de la aplicación judicial del derecho. Sin embargo, resulta obvio que la formulación de un estándar de prueba responde a ciertas preferencias en la distribución de errores probatorios. Como se indicara, la afirmación de simetría en el ámbito civil deriva de reconocer la igualdad como un valor relevante, por lo que el sentido de las intuiciones morales sobre la igualdad son relevantes para comprender la práctica judicial a este respecto. Es por ello que, con cierta conciencia de las limitaciones que enfrentamos en este ámbito, resulta ineludible tematizar al menos esta dimensión de cara a la comprensión de las intuiciones sobre prueba en el ámbito del derecho chileno de daños.

5.1. Valores y prueba

Un punto comúnmente referido en la literatura sobre prueba nos indica que en el diseño de las reglas probatorias existe una cierta consideración a la idea de «valores». Es decir, el proceso expresa una manera de afrontar el error y la distribución del mismo teniendo en vista los valores envueltos en la decisión procesal de la que se trate. Se suele decir que los sistemas probatorios responden a consideraciones políticas en las que los conceptos provistos suelen ser valores.

Como hemos adelantado, es complejo reconstruir cuáles son los valores o consideraciones políticas que deben contar como correctas en el campo de la identificación empírica de las razones que tuvo a la vista un determinado legislador. Incluso estas pueden variar en el tiempo por medio de interpretaciones judiciales o doctrinarias, aunque no varíen los textos legales objeto de tales interpretaciones. Así, es importante considerar que la discusión sobre la moral de una regla puede conducirnos

a un campo en que las preferencias aparezcan por encima del debate propiamente epistemológico que, ciertamente, preside la discusión probatoria.

Lo anterior no puede significar que se abandone por completo este ámbito de comprensión del derecho probatorio. El modo en que esto se introdujo en el estudio fue exponer a las personas respondientes de la encuesta ya individualizada a que estableciesen un orden de prioridad en la decisión probatoria del daño. De este modo, se les pidió que ordenasen de mayor a menor ciertas ideas asociadas a valores típicos de los asuntos civiles. Consideramos que podía tener lugar un escenario de manifestación de preferencias que se asocia bien con el tipo de ideas que integran las alternativas que siguen.

Tabla n.º 1: Ordene de mayor a menor la importancia del listado de valores que se deben considerar en las decisiones judiciales sobre el daño civil

| Valor | Primer lugar | | Segundo lugar | | Tercer lugar | | Cuarto lugar | | Quinto lugar | |
|-----------------------|--------------|-------|---------------|-------|--------------|-------|--------------|-------|--------------|-------|
| | N | % | N | % | N | % | N | % | N | % |
| Censura (de un mal) | 4 | 3,3% | 26 | 21,1% | 34 | 27,6% | 42 | 34,1% | 17 | 13,8% |
| Circulación de bienes | 1 | 0,8% | 4 | 3,3% | 15 | 12,2% | 19 | 15,4% | 84 | 68,3% |
| Igualdad | 4 | 3,3% | 28 | 22,8% | 44 | 35,8% | 40 | 32,5% | 7 | 5,7% |
| Reparación | 64 | 52,0% | 40 | 32,5% | 11 | 8,9% | 8 | 6,5% | 0 | 0,0% |
| Verdad | 50 | 40,7% | 25 | 20,3% | 19 | 15,4% | 14 | 11,4% | 15 | 12,2% |
| Total | 123 | 100% | 123 | 100% | 123 | 100% | 123 | 100% | 123 | 100% |

Es interesante constatar cómo la idea de «circulación de bienes» aparece completamente postergada cuando a las personas encuestadas se les pregunta por su relevancia en la decisión judicial acerca del daño. En cambio, la idea de «verdad» tiene una tendencia importante a aparecer como valor en primer lugar. Junto a ello, las ideas de «reparación» y «censura» parecen desplazar a la idea de «igualdad». Este hallazgo puede ser relevante para las digresiones sobre estándar de prueba civil: podría afirmarse que, si jueces y abogados muestran una tendencia a vincular la decisión probatoria a nociones tales como verdad y reparación, no parece razonable contar con una conceptualización basada en la idea de igualdad. Asimismo, se podría cuestionar que la circulación de bienes sea un ideal que se vincula necesariamente a la decisión probatoria en materia de daños. Su inclusión justifica la necesidad de disponer de una etiqueta propia del derecho civil que reconozca una dimensión patrimonial relativa a la importancia de los bienes y de las indemnizaciones, de cara a la decisión judicial en esta materia. De este modo, se trata de una intuición o de una etiqueta que mira la dimensión más patrimonial posible de la decisión en materia de daños.

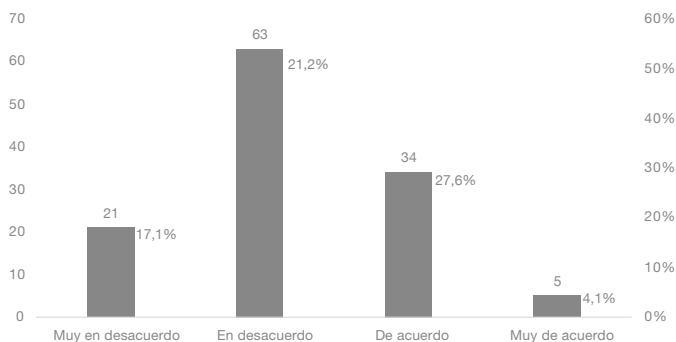
5.2. Estándar de prueba civil

Como se ha indicado, un asunto crecientemente discutido en materia civil es la conceptualización de un estándar probatorio. Cabe señalar que se ha tratado como un problema general en la discusión relativa a la justificación de la premisa fáctica de la sentencia, en la que pareciera relevante definir cómo formular una regla que establezca un umbral de suficiencia probatoria para la decisión en el ámbito civil¹⁸.

Se suele pensar que un estándar civil se encuentra regido por una baja exigencia probatoria y que tiende a una distribución igualitaria del riesgo de error probatorio en la sentencia. A diferencia de lo que tendencialmente ocurre en materia penal, el proceso civil no tiene sobre sí la concurrencia de ideales, valores o bienes que permitan justificar altos niveles de exigencia de corroboración respecto de la hipótesis de hecho. En materia civil, la consideración más extendida indica que el valor que tiene mayor recepción de cara a la conceptualización del estándar de prueba es la igualdad y, por tanto, la exigencia probatoria debe reflejar una cierta simetría entre las partes.

Debido a la importancia conceptual que esta discusión tiene, y considerando las dificultades corrientemente acusadas en el campo de la adjudicación civil, se ha decidido explorar las intuiciones más básicas sobre estándares probatorios civiles en este estudio. Por ello, hemos considerado pertinente preguntar, primero, por la existencia de un determinado estándar de prueba en materia civil. Así, hemos consultado sobre el acuerdo respecto a la existencia de un estándar de prueba para definir la suficiencia probatoria en materia civil del modo que sigue.

Gráfico n.º 2: ¿Qué tan de acuerdo está con la siguiente afirmación?:
en nuestro derecho existe una regla estándar de prueba
para definir la suficiencia probatoria en los casos de daño civil.

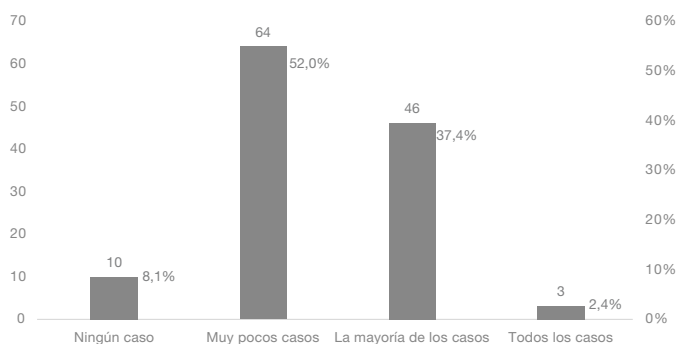


¹⁸ Así, por ejemplo, Ferrer ha sido un férreo defensor de la formulación de estándares de prueba objetivos. Respecto a esta clase de reglas sostiene que «para que una regla pueda denominarse con propiedad “estándar de prueba”, debe cumplir tres requisitos: 1) apelar a criterios relativos a la capacidad justificativa del acervo probatorio respecto de las hipótesis en conflicto; 2) ser capaz de deter-

Es llamativo que, a pesar de esta tendencia, ante la consulta de la frecuencia del uso de la regla de preponderancia —típica regla de estándar de prueba en materia civil— exista un número amplio de respondientes que considere que es la regla allí utilizada. Como vemos en el gráfico n.º 3, un 52% de las respuestas apunta a que la regla de preponderancia se aplica en muy pocos casos, y un 37,4% afirma que se aplica en la mayoría de los casos, es decir, en total un 89,4% de las respuestas asume una utilización, mayor o menor, de la regla de preponderancia, cuestión que contrasta con una conceptualización vaga de la existencia de esta regla.

Es posible especular que las respuestas de este nivel se deben a una intuición justificada relativa a la necesidad de racionalizar la justificación de la sentencia civil. Tal y como mencionáramos más arriba, no es posible concebir un sistema de decisiones racionales en ausencia de una regla de estándar probatorio, es decir, es posible que agentes judiciales tengan una tendencia a observar críticamente el programa legislativo en materia procesal, pero que, cuando advierten la necesidad pragmática de usar la regla de preponderancia, se decanten por un uso mayor o menor.

Gráfico n.º 3: De acuerdo a su opinión, ¿con qué frecuencia se aplica la regla de preponderancia de evidencia en los juicios civiles?



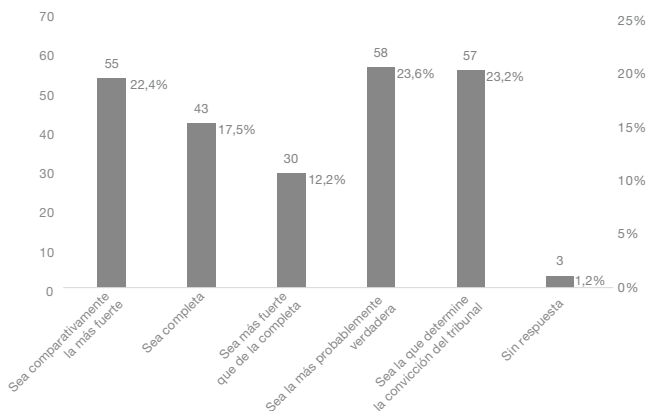
Aunque es claro que existe un porcentaje de personas que considera que recibe aplicación en muy pocos casos, es importante considerar la baja tendencia a estimar que esta regla no se usa (8,1% de las respuestas), como también resulta llamativo un grupo marginal de respuestas a propósito del cual se asume que la regla se utiliza en todos los casos (un 2,4% de las respuestas).

Llegados a este punto, parecería insuficiente preguntarnos por la concurrencia de la etiqueta de preponderancia de la evidencia y debiéramos, por tanto, dirigirnos a la conceptualización específica de esta clase de estándar probatorio. El estándar de prueba debe constituir un umbral comprensible para quien adjudique, lo que quiere

minar un umbral a partir del cual una hipótesis se considerará aprobada, y 3) utilizar criterios cualitativos, propios de la probabilidad no matemática. A estos tres requisitos metodológicos se añadirá un cuarto, relativo a la relación que deben tener entre ellos los estándares de prueba que rigen las diversas decisiones sobre los hechos que deben adoptarse en un mismo proceso» (2021, p. 29).

decir que podríamos discutir sobre las operaciones esperadas por parte de los jueces de cara a la definición de suficiencia probatoria. Esa es la razón de que en el estudio hayamos consultado por la inclusión de la hipótesis en la conceptualización del estándar de prueba civil en la forma indicada en el gráfico n.º 4.

Gráfico n.º 4: De acuerdo a su opinión, ¿cuáles son las hipótesis que deben entenderse incluidas en la regla de estándar de prueba civil?



Es interesante constatar que la mayor concentración de respuestas (un 23,6%) vincula el contenido del estándar de prueba a la idea de definir una preferencia por una hipótesis que «sea la más probablemente verdadera». Es posible que las personas respondientes se inclinen por esta opción debido a que una extendida intuición sobre prueba civil supone el ejercicio de selección comparativa de las hipótesis, entre las cuales ha de preferirse aquella que resulta «más probablemente verdadera».

Es curioso que este grupo de respuestas se vea casi empatado con la opción de dotar de contenido al estándar de prueba civil con la hipótesis determinada por «la convicción del tribunal» (un 23,2%). La idea de convicción se muestra fuertemente arraigada en las instrucciones de quienes participan de la respuesta de este estudio. En principio, desde una óptica racionalista, esta opción resultaría problemática atendida la dificultad de concebir la idea de convicción como un ejercicio intersubjetivamente controlable. Es claro que muchos jueces asumen que su labor exige justificar decisiones para el advenimiento de una determinada convicción, pero esto no es compatible con las exigencias de racionalidad propias de la elaboración de estándares probatorios objetivos. Es probable que la falta de definición sobre la existencia de un estándar de prueba se proyecte en la falta de definición sobre el contenido de esa regla, al punto de provocar en un grupo importante de respondientes una respuesta abiertamente «subjetivista» sobre criterios probatorios.

Por último, resulta también llamativa la alta concentración de respuestas en torno a la hipótesis «comparativamente más fuerte» (un 22,4%). Lo que podría explicarse

porque este grupo de respuestas se vincula a la idea de establecimiento de la verdad por la vía de la selección comparativa de hipótesis a un juicio, y de esta forma resulta comprensible la posición que ocupa la definición de completitud de la hipótesis que se evalúa (que alcanza un 17,5%).

6. CONCLUSIONES

Atendido el carácter exploratorio de la investigación que presentamos, es posible ofrecer, a modo de conclusión, las siguientes ideas.

En primer lugar, se identifica una cierta dificultad para acceder a la producción de información empírica a través de los mecanismos descritos en los apartados respectivos. Creo que es importante que la labor académica pueda contar con datos fiables para la realización de estudios de este tipo, para así ofrecer conclusiones justificadas considerando la dimensión de la aplicación práctica de los conceptos e instituciones objeto de este y cualquier futuro análisis. Debe considerarse que la claridad con que dogmática civil y la teoría racional de la prueba encaran el problema de aplicación de instituciones jurídicas en el campo del daño es relativa si se miran las intuiciones existentes en el estudio, cuyas conclusiones aquí se ofrecen.

Existe vaguedad o confusión para reconocer un marco conceptual competente que permita proyectar las ideas típicas del derecho de daños al campo del derecho procesal en general y al campo del derecho probatorio en particular. Cuestión que implica que, allí donde la discusión académica ha ido depurando el contenido de conceptos e ideas fundamentales para comprender el contexto del razonamiento probatorio y, por tanto, la aplicación de las instituciones propias del derecho civil de daños, existe todavía una necesidad de clarificación en torno a estructuras fundamentales de la idea misma de razonamiento probatorio, de la formulación de estándares probatorios y de la función de los medios probatorios entre otras.

Existe una tipología acerca de cómo el daño (patrimonial y moral) ocurre y respecto al tiempo en que ocurre (pasado y futuro), pero no existe claridad sobre el uso de herramientas típicas del razonamiento probatorio para dotar de proyección pragmática a esa tipología y a los problemas que pueden identificarse en dicho caso. Si observamos los resultados de este estudio, sin embargo, podría ser útil clasificar las hipótesis de daño conforme con su entidad patrimonial o moral, por una parte, y conforme con su acaecimiento desde el punto de vista temporal, por otra; cuestión que arrojaría una comprensión del daño civil vinculada a sus dimensiones más fácilmente observables desde el punto de vista epistemológico. Lo que quiere decir que, por un lado, el daño patrimonial —en tanto expresión de una entidad fenomenológica determinada— frente al daño moral —como la expresión de un enunciado relativo a la aflicción—, y, por otro lado, la situación del fenómeno en el pasado o en el futuro, están fuertemente vinculados a la definición de conocimiento de los enunciados que conforman la discusión de un caso judicial sobre daño.

La falta de precisión conceptual parece impactar en las intuiciones que un grupo de operadores judiciales manifiesta cuando debe responder algunas preguntas respecto del daño. Así, tanto la dificultad para identificar un estándar probatorio como las dificultades en seleccionar sus componentes parecen mostrar un escenario en el que algunos asuntos propios del razonamiento probatorio están ausentes.

En relación con los valores, y a pesar de las obvias limitaciones que tiene la metodología y la producción de un estudio puramente exploratorio, es posible advertir que, a nivel de fundamentación de las instituciones probatorias, existen ciertas percepciones acerca de los valores existentes que parecen dotar a la decisión probatoria del ámbito del derecho de daños de algo diverso de lo que podríamos denominar «el proceso civil». En el particular contexto del daño, aparecen ideas vinculadas al resarcimiento y a la determinación de la responsabilidad por la realización de un hecho dañoso. La idea de equilibrio sinalagmático parece ceder espacio a la definición de responsabilidad individual, o sea imputable, que permite la aparición de intuiciones vinculadas a la censura como justificación de una sanción entendida en términos amplios.

En relación con el estándar de prueba, existe cierta resignación de parte de quienes responden sobre su existencia en nuestro derecho aplicable al daño. Lo anterior es preocupante en una práctica judicial que quisiera racionalizar su modo de adopción de decisiones probatorias. En esa línea, debe considerarse paradójica la aparición de la idea de «convicción» dentro de lo que podría tenerse en cuenta a la hora de diseñar una regla de suficiencia probatoria en esta materia.

Parece necesario reconstruir el derecho probatorio para afrontar el fenómeno de los daños civiles. Lo que supone reconocer que existen datos que permiten afirmar que la comprensión de las instituciones probatorias no es clara en operadores judiciales, y que la doctrina civil tampoco nos ha dotado de criterios de trabajo realmente incidentes. Podríamos asumir que la distancia existente entre la depuración conceptual de la dogmática civil y la teoría de la prueba, frente a ciertos niveles de incertidumbre expresados en las respuestas que forman parte de este estudio, exige la necesidad de un cambio de enfoque en el ámbito de la construcción dogmática y teórica apuntadas.

Por cierto, toda conclusión en una primera exploración puede ser exagerada. Quizá la única conclusión realmente fiable que pueda ofrecerse es la necesidad de realizar otros estudios que se dirijan a conocer el fenómeno del razonamiento probatorio en acción sin dejar de lado la necesaria mejora conceptual a ese respecto. En parte, la función de este trabajo ha sido poner de manifiesto la urgencia de realizar estudios de este tipo, y también la necesaria vinculación de este trabajo a la comprensión del nivel abstracto de las instituciones objeto de análisis.

En resumidos términos, este estudio muestra, en primer lugar, que no es posible continuar con un ejercicio de depuración conceptual autónomo en el campo jurídico, es decir, sin vinculación alguna a los operadores del sistema judicial, ya sea desde el punto de vista de la producción de decisiones o sentencias como desde el punto de vista de su participación en estudios empíricos de este tipo. Y, en segundo lugar,

que tampoco tiene sentido la producción de estudios empíricos con desapego a las cuestiones conceptuales fundamentales de la disciplina. Y es que una teoría sin atención a la práctica puede contener un déficit de relevancia evidente, y una práctica sin teoría puede resultar ilusoria si valoramos correctamente el sentido de los conceptos.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law/Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 39.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica.
- Carbonell, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de Estudios de la Justicia*, 27, 1-35.
- Casanova, A. (2016). El daño moral: Dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 50, 50-121.
- Dei Vecchi, D. (2022). Prueba sin convicción en su justa medida. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 45, 337-373.
- Diez Schwerter, J. L. (2016). La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días. *Revista de Derecho Privado*, 30, 257-286.
- Duce, M. (2018). Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate. *Ius et Praxis*, 24(2), 223-262.
- Ezurmendia, J. (2020). Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia. *Revista Chilena de Derecho*, 47(1), 101-118.
- Femenías, J. (2011). Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. *Revista Derecho y Humanidades*, 17, 31-46.
- Ferrer Beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- García, J. C. (2019). Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante. *Revista de Derecho y Cambio Social*, 58, 188-224.
- Gascón, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 127-139.
- González, P. y Cárdenas, H. (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 106, 213-237.
- Groves, R., Fowler, F., Couper, M., Lepkowski, J., Singer, E., y Tourangeau, R. (2009). *Survey Methodology*. John Wiley & Sons.
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista P. (2007). *Fundamentos de Metodología de la Investigación*. McGraw Hill.
- Kalton, G., Roberts, J. S. y Holt, D. (1980). The Effects of Offering a Middle Response Option with Opinion Questions. *The Statistician*, 29, 65-78.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783-808.
- Lillo, R. (2020). La justicia civil en crisis: estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista chilena de derecho*, 47(1), 127-165.
- Papayannis, D. (Ed.) (2013). *Derecho de daños, principios morales y justicia social*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Papayannis, D. (2014). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Reyes Molina, S. (2015). Estándares de prueba y «moral hazard». *Nuevo derecho*, 11(16), 15-35.
- Strait, B. y Singleton Jr, R. A. (2011). *Approches to Social Research*. Oxford University Press.
- Trochim, W. (2000). *The Research Method Knowledge Base*. (2nd ed). Atomic Dog Publishing.

CONJETURAS
Y REFUTACIONES

THE EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL: TRUTH, PROOF, AND RIGHTS

Sarah J. Summers

School of Law

University of Zurich, Switzerland

sarah.summers@rwi.uzh.ch

ABSTRACT: This paper sets out to examine the epistemic ambitions of the criminal trial. It argues for an understanding of criminal evidence and proof which is inextricably connected to the demands of justified punishment and fair trials in the rule of law. Criminal trials must prioritise the individual rights of the accused, but they also define more generally the manner in which those subject to the law are to be treated in order to engender public acceptance of the verdict. In this sense, it is sceptical of instrumental accounts of criminal adjudication and, in particular, of the feasibility of any sort of separation of outcome and process. It subscribes instead to the notion that (true) belief in the necessity of imposing punishment in the rule of law will only be warranted if it is based on appropriate reasons, understood as reasons which are formed following a distinct type of process.

KEYWORDS: criminal evidence, procedure; human rights, punishment.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. Truth, Proof, and Adjudication in the Rule of Law: 2.1. Truth in Legal Adjudication. 2.2. The Standard and Sufficiency of Proof.— 3. Truth, Proof and Rights in Criminal Adjudication: 3.1. The Distinctiveness of Criminal Adjudication. 3.2. The Standard and Sufficiency of Proof in Criminal Adjudication.— 4. Conclusions: The Epistemic Ambitions of the Criminal Trial.— BIBLIOGRAPHY.

«To relate with some reality the events of that afternoon
would be difficult and perhaps unrighteous.»
Jorge Luis Borges, Emma Zunz, p. 164.

«Glauben können sie in der Kirche.
Was wir brauchen sind Beweise.»
Jasmin Winterstein, *Tatort Mainz: In seinen Augen*.

1. INTRODUCTION

Any discussion of the epistemic ambitions of the criminal trial must examine not just the aims of the law of procedure and those of evidence but also the expectations governing the relationship between adjudication and proof. It is usual for the goal of the trial process to be characterized as focused on «truth»: the aim is to establish whether a disputed claim—in the criminal context, the prosecution's assertion that the accused is guilty of the commission of a crime—is true or not¹. Criminal trials are seen as instrumentally valuable in that they enable the determination of those who can be held liable for and punished for their crimes². The rules of evidence are designed to facilitate this exercise. According to the «rationalist tradition of evidence scholarship», the «rectitude of the decision» lies at the heart of adjudication and «the pursuit of the truth as a means of justice under the law is to be pursued by rational means» (Twining, 2006, p. 199). On what might be described as the received view, the instrumental characterisation of the trial is mirrored by a Lockean or «veritist» conception of epistemic value, understood in terms of a high degree of confidence in the accuracy or inaccuracy of the probative facts³.

A direct consequence of this conception of evidence and procedure is the expectation that proceedings are designed to maximise the likelihood of accurate outcomes. Factfinders are expected to follow those procedures which are most likely to result in accurate outcomes, because following such procedures makes it more likely that the outcomes will in fact be accurate⁴. Many, if not all, instrumental accounts of the criminal trial also accept the importance of other values or goals, but these are seen as

¹ See *e. g.* Nance (2021, p. 90).

² It is important to stress that this is not, of course, the only instrumental account of the criminal trial. Other important accounts include those which characterize the criminal trial as a forum for resolving disputes, see *e. g.* Weigend (2003, p. 157).

³ See *e. g.* Ashworth and Redmayne (2010, p. 299) referring to the role of the trial as «primarily, to make accurate decisions». On veritism, see Goldmann (2015, p. 131); Goldmann (2002, p. 5): «The cardinal value, or underlying motif, is something like true or accurate belief».

⁴ See also Duff *et al.*, (2007, p. 89).

secondary to the principal aim of the trial as understood in terms of allowing the fact finder to establish the truth, framed in terms of the rectitude or accuracy of the verdict⁵. Rules which limit the use of evidence in pursuit of other values are characterised as «side constraints» on the process of proof, as promoting values which are essentially «extrinsic» and which (potentially at least) interfere with the principal (proper) epistemic ambitions of the trial. Even those accounts which clearly argue for an understanding of criminal trials as following multiple aims, such as Roxin and Schünemann's vision of criminal trials as equally committed to the aims of truth finding, procedural fairness and restoring the peace (2017, p. 2), seem to accept the characterisation of fairness as extrinsic to the matter of truth finding. The suggestion is that, in some circumstances, procedural rules may require the prohibition on the use of what might be understood as evidence of probative value, even if this is at the expense of the truth. The symmetry between the epistemic and procedural aims of the trial is disturbed—albeit necessarily, perhaps⁶—in the pursuit of these «other» goals. Whereas rules of evidence support «rationality» and accuracy, «exclusionary type» rules, which guarantee other values like procedural fairness, constitute departures from these values. Much of the discussion in evidence law focuses on the extent to which such rules serve or interfere with the aim of accuracy and, in the context of comparative evidence law, on consideration of the extent to which systems following the common law or civilian law traditions are better placed to meet accuracy's demands.

It is useful at the outset to highlight four aspects of this standard account of evidence and procedure which are particularly important for the consideration of the epistemic ambitions of the criminal trial. First, there is recognition of the fact that the aims of the law of evidence are closely tied to the values or aims of legal adjudication more broadly. Second, evidential principles are seen as common to all forms of legal adjudication; it is not considered necessary to distinguish between different types of proceedings, reflecting a vision of evidential decision making as a matter of logic and «rationality». Third, legal adjudication is understood as capable of being divided into a process involving «accurate outcomes» as distinct from «fair procedure». Fourth, «truth» is characterised in terms of a high degree of confidence in the accuracy (or inaccuracy) of probative facts.

This conceptualisation of legal evidence and procedure has come under pressure, however, from the rights-based regulation of criminal evidence and procedure law developed by the European Court of Human Rights (ECtHR). This vision of legal adjudication calls into question the feasibility of the separation of process and outcome. In addition, the ECtHR has insisted on the establishment of a distinct norma-

⁵ Even the most committed instrumentalists accept that other values will also play a role in shaping trials, but reject the suggestion that these are significant enough to have an impact on truth finding aim, see *e. g.* Laudan, (2008); for discussion see Duff *et al.* (2007, p. 63).

⁶ Scepticism about prohibiting reliance on evidence in pursuit of other goals precisely is famously expressed in the Benthamite notion that to exclude evidence is to exclude justice (Bentham, 1827, p. 34).

tive framework for criminal adjudication, thereby demonstrating that there is something special about the process of fact finding in criminal cases. This is important. If it is accepted that any theory of evidence will necessarily depend on the underlying theory of adjudication, and there is a long tradition from Bentham to Twining of assuming that this is in fact the case (Twining, 2006, p. 30; Postema, 1977, p. 1393 ff.), then there seems to be space for a distinct theory of criminal evidence and proof.

This paper sets out to examine the epistemic ambitions of the criminal trial at first instance. It argues for an understanding of criminal evidence and proof which is inextricably connected to the demands of justified punishment and fair trials in the rule of law. Criminal trials must prioritise the individual rights of the accused, but they also define more generally the manner in which those subject to the law are to be treated in order to engender public acceptance of the verdict. In this sense, it is sceptical of purely instrumental accounts of criminal adjudication and, in particular, of the feasibility of any sort of separation of outcome and process. It subscribes instead to the notion that (true) belief in the necessity of imposing punishment in the rule of law will only be warranted if it is based on appropriate reasons, understood as reasons which are formed following a distinct type of process.

In making the case for a distinct understanding of proof in criminal cases, it begins by considering the distinctiveness of decision making in legal adjudication. It argues that trials are not merely justified but are also defined by the nature of the participation afforded to the parties to the proceedings. This calls into question the characterisation of procedural rules as extrinsic to the decision-making process. In addition, it gives rise to a number of questions, not least regarding the relevance of the correctness of the verdict and more generally the conceptualisation of a «successful outcome». Consideration of the relationship between proof and process allows for an analysis of the extent to which the reasonableness of the verdict will depend on the nature of the regulation of the proceedings at issue. This discussion provides the basis for an examination of the distinct regulation of criminal proceedings and of the relevance of this for the regulation of proof in criminal trials.

2. TRUTH, PROOF, AND ADJUDICATION IN THE RULE OF LAW

2.1. Truth in Legal Adjudication

Legal adjudication differs from other forms of decision making, such as that achieved by negotiation or by the holding of elections, principally with regard to the procedure followed and the extent and nature of the participation of those involved (Fuller and Williams, 1978, p. 363). Adjudication in the rule of law is essentially *defined* by the distinct institutional framework in which it operates. It implies a certain institutional setting involving proceedings supervised by a judge. Its defining characteristic is the «particular form of participation that it accords to the affected

party», namely an «institutionally protected opportunity to present proofs and arguments for a decision in his favor» (Fuller, 1960, p. 2). An important implication of this is that adjudication must take place within a «framework of accepted or imposed standards of decision before the litigant's participation in the decision can be meaningful» (p. 5). Meaningful participation thus demands acceptance of pre-existing or pre-determined «principles» which regulate how the court will determine the case: «Just as the judge cannot be impartial in a vacuum, so the litigant cannot join issue with his opponent in a vacuum. Communication and persuasion pre-suppose some shared context of principle» (p. 6).

Unsurprisingly, perhaps, this understanding of legal adjudication aligns closely with the vision of fair trials set out in Article 6 ECHR. A trial, by definition, is a public forum supervised by an independent and impartial authority, at which evidence and arguments are heard in pursuance of a verdict⁷. At the same time, the ECtHR has interpreted the notion of fairness in Article 6(1) ECHR principally in terms of the participatory rights of the parties to present their case at a public hearing in front of an independent and impartial judge. The parties are to have an adequate opportunity to present their case—including their evidence—under conditions which do not put them at a substantial disadvantage vis-à-vis their opponent⁸. There is thus some overlap between the definition and the justification of the trial. Indeed, there is an important sense in which a process, which does not meet the core definitional elements of the trial, is to be understood not just as unfair but essentially as not «legal», as failing to meet the defining characteristics of legal adjudication. It might be tempting to skip over this point as self-evident, particularly in the context of European jurisdictions which claim firm commitment to the rule of law. And yet, there are several examples of proceedings in Europe, which are of considerable importance in practice, which seem to fail this fundamental test. Swiss plea-bargaining proceedings, for instance, allow for the imposition of punishment (including up to six months' imprisonment) by prosecutors following proceedings which do not guarantee any sort of automatic judicial supervision of the decision and substantially restrict the right to be heard⁹.

Trial proceedings are principally governed by the demands of fairness, but this notion operates within the distinct institutional framework implied by the rule of law¹⁰. Underpinning this conception of legal adjudication is some sort of normative

⁷ See also Jaconelli (2003, p. 26-29), who argues that processes that are properly called trials contain some «inner essence» which «transcend particular times, places and cultures», notably commitment to independence and impartiality, publicity and some sort of internal rationality.

⁸ *Dombo Beheer v Netherlands*, 27 October 1993, Series A no 274, § 33; For an overview of Article 6(1) ECHR, see Frowein and Peukert (2022); Harris *et al.* (2018).

⁹ That such proceedings account for almost 90% of all criminal judgments seems to call into question the lawfulness and the legitimacy of the entire system of punishment, see further *Summers* (2022a, ch. 5).

¹⁰ The Preamble to the ECHR is instructive in this regard. It reaffirms a «profound belief in those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintai-

consensus on the underlying values. Of central importance in this regard is the link between respect for individuals and fair procedures. The rights-based regulation of process in Article 6 ECHR suggests that procedures will be fair if they lead to fair treatment; the nature of this treatment will be determined in accordance with the relevant legal standards governing the different types of process¹¹. This type of «dignitarian» account, which emphasises the intrinsic, non-instrumental value of procedures to upholding an individual's dignity, is susceptible to criticism that it fails to explain why the «absence of a hearing entails an injustice or “moral harm”, which is in some sense distinct from that entailed by an accurate substantive decision» (Dworkin, 1986, p. 101-103). Equally, any suggestion that outcome is essentially irrelevant, providing that the procedures followed are appropriate or fair, seems intuitively wrong. One (common) response to this type of criticism is to switch to, or adopt, a broadly instrumental position according to which «accurate decisions themselves constitute an important element of fair treatment, which in turn constitutes an important element of respect for persons»¹². This approach might be criticised, though, as paying insufficient attention to the intrinsic importance of the fair treatment of individuals in the rule of law and in particular to an individual's legitimate normative expectations to be treated in accordance with distinct legal standards.

Legal proceedings must do justice to individual autonomy, but they must also be capable of engendering public acceptance in both the process and the verdict. The significance of the legal verdict extends beyond the immediate case at issue, in that it also carries the weight of legitimising the system of legal adjudication more broadly. This highlights the importance of ensuring that the verdict is capable of securing general acceptance and suggests some sort of commitment to a commonly understood conception of reason. In reaching a verdict, the factfinder is not just asserting that he or she believes that the claim being asserted is true but is also asserting that everyone who believes otherwise is wrong¹³. The legal verdict—and with it the idea of truth or true belief on which it rests—should thus be seen as distinctive in the way it calls to be justified. In the «post-metaphysical» age, the legitimacy of law rests on notions of rationality and reason¹⁴ which are secured principally through the manner in which

ned on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights upon which they depend» and refers to the resolve of the States «as the governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration».

¹¹ For consideration of the prescriptive regulation of different types of criminal procedures see Summers (2022b).

¹² See *e. g.* Galligan (1996, p. 78).

¹³ For consideration of the unconditional meaning of truth claims, see Habermas (1998, 14 ff.) and in particular his discussion of Pierce.

¹⁴ For consideration of the distinction between reasonableness and rationality, see Sibley (1953, p. 554); von Wright (1993, p. 173): «The reasonable, is, of course, also rational—but the “merely rational” is not always reasonable»; see also Alexy (2009, p. 6) discussing reasonableness and practical rationality; and Mahlmann (2009).

legal decisions are reached. Reason in legal adjudication is guaranteed in large part by the manner in which information is gathered and processed rather than through any sort of commitment to the subjective belief of the factfinder.

The process of adjudication takes on central importance, not just in defining the criteria according to which proceedings are to be understood as fair but also in relation to establishing what constitutes a «successful outcome». ¹⁵ If it is accepted, for instance, that trials in the rule of law are by definition to be supervised by an impartial judge, then a verdict issued by a non-impartial authority will not have succeeded as a legal verdict (and will also not be fair). This highlights the difficulty (or perhaps even the impossibility) of separating matters of procedure from the verdict itself.

The relationship between process and outcome is illustrated too by the case law of the ECtHR on the obligation to provide reasons for the verdict. The ECtHR has held that the «proper administration of justice» requires that «judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based» ¹⁶. The giving of reasons is of fundamental importance to treating individuals with dignity and allowing them to determine whether or not an exercise of authority is in fact justified ¹⁷. This requirement to give reasons might be seen as purely procedural in nature, as demanding simply that the reasons be provided, but not implying anything about the reasons themselves. In its early case law, the ECtHR seemed to take this type of approach, noting that it was «not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention» ¹⁸. The focus was very much on the existence of reasons; the right was to a «reasoned» not a «reasonable» judgment. And yet, the purpose of the obligation to provide reasons must be to allow some sort of control of the «reasonableness» of the decision. This inevitably lends the requirement a «substantive» element and emphasises the connection to lawfulness or legality. If the reasons provided are unintelligible, the refusal to acknowledge the impact of this on the fairness of the trial would call into question the sense of the requirement. It would also call into question the ability of the verdict to meet the demands of legitimacy inherent in the notion of legal adjudication.

It is unsurprising, thus, that the ECtHR has since read a «substantive» element into this obligation to give reasons. This is framed in terms of ensuring that the individual «and indeed the public» is able to «understand the verdict» and is described as a «vital safeguard against arbitrariness» ¹⁹. Legal verdicts—regardless of whether they involve the determination of civil rights or obligations or of a criminal charge—must

¹⁵ See also Duff *et al.* (2007, p. 89): «The rightness of the outcome—of the verdict—is not [...] simply a matter of accuracy, but also of the process through which it was reached».

¹⁶ *Moreira Ferreira v Portugal (No 2)* [GC], 19867/12, 11 July 2017, § 84.

¹⁷ See for discussion Allan (1998, p. 500).

¹⁸ *Ruiz Garcia v Spain*, judgment of 31 December 1999, Reports 1999-I, § 28.

¹⁹ *Lhermitte v Belgium* [GC], no 34238/09, ECHR 2016, § 66 and 67.

be free from arbitrariness. The ECtHR has explained this in terms of the rule of law: «One of the fundamental components of European public order is the principle of the rule of law, and arbitrariness constitutes the negation of that principle. Even in the context of interpreting and applying domestic law, where the Court leaves the national authorities very wide discretion, it always does so, expressly or implicitly, subject to a prohibition of arbitrariness»²⁰. Judicial decisions will be qualified as arbitrary if they are manifestly «unreasonable»²¹. This will be the case, for instance, if they are based on a «manifest factual or legal error committed by the domestic court, resulting in a “denial of justice”»²².

The aim of legal adjudication might thus be framed in terms of enabling a determination of the truth of a disputed claim. The notion of truth in this context, however, is specific to legal adjudication, not least because the legal verdict carries expectations, which do not apply to other epistemic endeavours. The true belief of the factfinder in the claim asserted can only be lawfully established in a particular institutional context in which the rights of the parties are sufficiently protected. In addition, this process encompasses an important substantive element. The determination of the «unreasonableness» of a verdict necessarily suggests some sort of normative consensus on the notion of reason. This relates closely to the idea of correspondence or «match» between «our statements about the world and the world itself»²³. True belief in legal proceedings might thus be characterised in terms of ensuring that the factfinder believes in the right way. This is not to dispute the central importance of truth in legal adjudication. It is not so much that the aim of truth is believing in the right way, regardless of whether the «right way» reliably leads to significant truth²⁴, but rather that true belief in the rule of law is in some sense defined by this process. Legal truth as embodied in the verdict is a normative concept and should be conceptualised as indivisible from the process of adjudication.

²⁰ See *e. g. Al-Dulimi and Montana Management Inc v Switzerland* [GC], no 5809/08, ECHR 2016, § 145; *García Ruiz v Spain* [GC], no 30544/96, ECHR 1999-I, § 28-29; *Storck v Germany*, no 61603/00, ECHR 2005-V, § 98.

²¹ An example is *Khamidov v Russia*, no 72118/01, 15 November 2007. In this case, the ECtHR referred to the fact that it was «perplexed» by the findings of the domestic court and could not see how they «could be reconciled with the abundant evidence to the contrary». This led the ECtHR to conclude that the «unreasonableness» of the domestic courts finding was «so striking and palpable», that its decisions were to be deemed «grossly arbitrary».

²² See *e. g. Moreira Ferreira v Portugal (no 2)* [GC], no 19867/12, ECHR 2017 § 85; *Navalnyy and Ofitserov v Russia*, nos 28671/14 and 46632/13, 23 February 2016, § 119; *Navalnyy v Russia* [GC], nos 29580/12, 36847/12, 11252/13, 12317/13, 43746/14, 15 November 2018, § 83; *Paixão Moreira Sá Fernandes v Portugal*, no 78108/14, § 72.

²³ See Damaška (1997, p. 37), who notes that: «Failing this assumption, a trap door opens from under all Western evidentiary systems».

²⁴ Nor indeed some sort of rule consequentialist approach which characterises *acquiring truth in the right way* as the aim of belief.

2.2. The Standard and Sufficiency of Proof

This overview of truth in legal adjudication highlights not just the importance of the factfinder believing in the right way but also that, according to the ECtHR, this process entails at the very least a prohibition on manifest unreasonableness. This in turn involves an appeal to some substantive component of reason. Of central importance is determination of when true belief in the claim asserted might be considered to have been established. This focuses attention on the regulation of the standard and sufficiency of proof. Legal proof is undoubtedly an epistemic endeavour in that it is concerned with the establishment of the existence or non-existence of facts «to the satisfaction of a legal tribunal» charged with the determination of the matter in issue²⁵. This has led to a significant body of literature dedicated to legal epistemology and to the idea not just of some sort of correspondence between epistemic and legal norms, but also of «legal verdicts as susceptible to evaluation by the very same normative categories used to assess beliefs»²⁶.

Belief is a psychological state and aims at truth in the sense that to believe *that p* is to believe *that p* is true²⁷. There are obvious parallels between the forming of factual beliefs in everyday life and in the legal context²⁸. The factfinder in legal proceedings—like an individual engaged in factual deliberations in everyday life—might be said to be concerned with the establishment of true belief. Nevertheless, there might be said to be some important differences²⁹. Just as legal evidence clearly differs from «the ordinary concept of evidence» (Ho, 2021) and from notions of evidence discussed in the philosophical literature³⁰, so too might the belief of the factfinder in legal proceedings be said to differ from that established in other contexts.

An important issue in this regard is the suggestion that it makes little sense to reconstruct the propositional attitude of the factfinder in legal proceedings implied in formulating *that p* is true in terms of belief (or other particularly successful kinds of belief like knowledge)³¹. This rests on the argument that legal truth (or proof) is not concerned with the factfinder's belief in the propositions deemed proven but rather with his or her acceptance of the propositions: «In all those cases in which the judge can or must decide on the facts of the case contrary to what he or she believes, we

²⁵ See *e. g.* Twining (2006, p. 193). See also Pardo (2010, p. 37 ff.).

²⁶ See Ross (2022).

²⁷ For discussion, see Williams (1973, p. 136).

²⁸ Here we are only concerned with factual belief and not, *e. g.*, moral or religious beliefs.

²⁹ See notably Ross (2021, p. 3).

³⁰ Kelly (2016, § 4): «The accounts of evidence that have been advanced by philosophers stand in at least some *prima facie* tension with much that is said and thought about evidence outside of philosophy»

³¹ See Ferrer Beltrán (2006, p. 293), relying on Cohen (1989, p. 368): «To accept *that p* is to have or adopt a policy of deeming, positing, or postulating that *p*; that is, of going along with that proposition... as a premise in some or all contexts [...] Accepting is thus a mental act»; see also Cohen (2000).

still cannot say that the judge is declaring as proven something that he or she knows or believes he or she knows» (Ferrer Beltrán, 2006, p. 303)³². This author refers to the following example to illustrate the problem in criminal trials: «There are many cases in which, in fact, judges pronounce sentences contrary to their beliefs, not only as a result of the application of legal premises but also in determining the factual premises of their reasonings. It is not difficult to imagine in this sense that a judge or jury may have the conviction that A has carried out the deed that led to him being accused of crime Y, but that in the light of the evidence brought to trial, the principle of the presumption of innocence must be applied» (p. 297).

There seems to be something in this argument, but equally it might be said to take insufficient account of the normative asymmetry in the formation of belief in legal proceedings. The factfinder in criminal trials, for instance, is not equally interested in establishing belief in the guilt and in the innocence of the accused. The question to be determined is solely whether the factfinder believes that the accused is guilty. This does not necessitate any belief in relation to the individual's innocence. These may be opposite propositions but in the *legal* context they do not (necessarily) negate each other: the truth of one does not necessitate the falsehood of the other³³. In criminal adjudication, there is no normative expectation that acquittals meet the standards for warranted true belief that the accused is innocent³⁴. In this sense, warranted (legal) true belief that the accused is not guilty does not imply anything about the factfinder's (subjective) belief in the innocence of the accused.

In any event, there can be little doubt that the subjective belief of the factfinder is insufficient to meet the requirement of warranted true belief in the context of legal adjudication³⁵. This is guaranteed, as we have seen, by the way the evidence is gathered and processed, rather than in some sort of commitment to the subjective belief of the fact finder. The legal factfinder is bound by the normative demands of adjudication in the rule of law.

Factual beliefs can be based on evidence and the content of the belief can be «probabilified or supported by certain evidential propositions» (Williams, 1973, p. 141). In this type of case, the rationality of the belief is related to the relationship between the belief and the evidence³⁶. It is a feature of inductive, evidential argument, though, that such determinations will admit degrees: «Probable evidence is essential-

³² This reflects the type of situation envisaged by Moore that to say in the first person, «I believe *that p*, but *p* is not true» is a paradox, because «I believe *that p*» itself carries in general a claim *that p* is in fact true». For discussion, see Williams (1973, p. 137).

³³ In other contexts, of course, this may not be the case. See the entertaining discussion of FT (2022): «I'm Freudian enough to think the assertion "I love you" doesn't automatically make the assertion "I hate you" untrue».

³⁴ See also Ross (2022).

³⁵ As is clearly demonstrated by Ferrer Beltrán (2006, p. 293).

³⁶ *Ibid.*: «In this sense of somebody's actual belief being based upon his belief in certain evidential propositions, we have a statement of form "A believes *that p* because he believes *that q* [...]" Where the

lly distinguished from demonstrative by this, that it admits degrees; and all Variety of them, from the highest moral Certainty, to the very lowest presumption» (Butler, 1736: 361). In this sense, it will often be a case of «more or less and not simply of yes-or-no» (Rescher and Joynt, 1959, p. 562). This emphasises the relationship between probability and belief, the scope for error and the relevance of the legal standard of proof. Of central importance here is the determination of when the legal factfinder might be said to be justified in accepting a belief as true³⁷. Much of the weight of the justification of true belief in legal adjudication is carried the standard of proof and the underlying conception of reason. This is sometimes expressed in terms of statistical or mathematical probabilities (such as more than 50% certainty in the civil context) but is probably better understood in more general terms as a standard of belief regarding the truth of the facts at issue (Wright, 1988; Taruffo, 2003, p. 658).

Commitment to a standard of proof underlines the fact that a legal verdict pursues some epistemic goal and that a «legal verdict that fails to acknowledge this goal misses its mark and fails, regardless of the particular beliefs or acts of acceptance that comprise or underline it» (Pardo, 2010, p. 40). The fact that the true belief of the legal factfinder is warranted obviously does not preclude fallibility in this belief³⁸. Verdicts will not always be correct, but equally, it is important that verdicts are not wrong too often: «[B]elievers want to acquire true beliefs and avoid false ones» (Litt-lejohn, 2020, p. 5262). The law should «care about truth or the avoidance of error» (Enoch *et al.*, 2012, p. 212).

If there is consensus that the law of evidence must be concerned with matters of truth, there is less agreement about whether the law should worry about epistemological debates about the justification of true belief. The question, in particular, is whether there is any need for the establishment of any sort of epistemic property beyond some degree of confidence in the accuracy (or inaccuracy) of the claim. Enoch *et al.* have framed the issue in the following terms: why, they ask, should we «ever sacrifice accuracy to ensure that legal verdicts possess some additional epistemic property?» (p. 212)³⁹.

connexion between p and q is a rational connexion that is to say, q really is some sort of evidence for p , then we can also say “ p because of q ”.

³⁷ Kim (1988) notes that justification «is the only specifically epistemic component in the classic tripartite conception of knowledge. Neither belief nor truth is a specifically epistemic notion: belief is a psychological concept and truth a semantical-metaphysical one» (p. 383). For an argument on the importance of separating the criteria substantiating true belief and its justification, see Goldman (1979, p. 90).

³⁸ On fallibility of human decision making, see Keil (2019).

³⁹ The authors continue: «Let us emphasize that to insist that law should after all care about knowledge is (pretty much) to be willing to pay a price in accuracy. Indeed, excluding statistical evidence amounts to excluding (what is often) good, genuinely probative evidence. And this means that the legal value of knowledge—if it has a legal value, and if that value is what grounds the differential treatment of statistical and individual evidence—sometimes outweighs the value of accuracy; that, in other words, in order to make sure that courts based their ruling on knowledge, we are willing to tole-

Framing the issue in these terms seems to presuppose that a successful outcome is to be measured principally in terms of an accurate determination of the facts. If one accepts the instrumental account of trials as focused on the determination of a claim in a specific case, then this seems to call into question the relevance of additional «epistemic properties», not least because the determination of the success of the outcome is determined in terms of accuracy. If, though, one sees the purpose of adjudication in the rule of law in terms of the intrinsic value of process to upholding a person's dignity by ensuring a certain type of treatment, then the success of the outcome cannot be characterised as sufficiently guaranteed by the factfinder's true belief in the accuracy or inaccuracy of the probative facts. True belief will only be warranted if the factfinder believes in the right way. The verdict must be «rational» in the sense that its conclusion must be «correctly inferred from its premises»⁴⁰, but it must also meet the broader (moral and epistemic) demands of reason in legal adjudication. Here there seems to be space for consideration of other epistemic concerns, of the sort of justification or evidence which will be required to ensure that the conclusion of the factfinder constitutes warranted true belief in the rule of law⁴¹. There is a tendency, connected to the focus on the logic of proof as a matter of «rationality» and «rectitude», to treat evidential and epistemic concerns as common to all types of legal fact finding (Ho, 2008, p. 86). In view of the fact, though, that the regulation of proof is tied to the regulation of the type of proceedings at issue, the reasonableness of the verdict, and the right of an individual to a substantive outcome, will necessarily depend on the nature of the proceedings. It is necessary, thus, to first consider the distinctiveness of criminal adjudication. This will allow for specific consideration of the regulation of criminal evidence and proof.

3. TRUTH, PROOF AND RIGHTS IN CRIMINAL ADJUDICATION

3.1. The Distinctiveness of Criminal Adjudication

Criminal proceedings are subject to a distinct regulatory framework. Before considering why this is the case, it is useful to illustrate this point by briefly considering some differences in the human rights regulation of civil and criminal proceedings⁴². The regulation of criminal proceedings differs expressly from that applicable to civil

rate more mistakes than we otherwise would have to, and indeed a higher probability of mistake on this or that specific case. This just seems utterly implausible». In their opinion, while probability-weighted expected values are meaningful, complicated epistemic properties are essentially irrelevant. For discussion, see Kaplan (1968); Ross (2022).

⁴⁰ For discussion, see Picinali (2013, p. 859; 2021, p. 717).

⁴¹ For an overview of the various positions, see Pardo (2010, p. 40).

⁴² For an overview of the regulation of human rights in criminal proceedings, see Meyer (2019); Jackson and Summers (2012); Trechsel (2005).

proceedings in several important respects. First, the right to be heard in Article 6(1) ECHR is expressly bolstered in criminal cases by the various rights set out in Article 6(3) ECHR, namely the right to information on the charge, to sufficient time to prepare, to the assistance of counsel or an interpreter if necessary, and to question witnesses. While the ECtHR has confirmed that these rights may also apply *mutatis mutandis* in civil proceedings⁴³, it has stressed that the requirements inherent in the concept of «fair hearing» are not the same in cases involving civil proceedings as in those concerning the determination of a criminal charge⁴⁴. In a similar sense, the ECtHR has indicated that the duty to give reasons is more onerous in criminal cases and that the courts are to employ more rigorous scrutiny in assessing arbitrariness⁴⁵.

Second, the ECtHR has read into the right to be heard in criminal cases, the right to remain silent and to respect for the privilege against self-incrimination. It has repeatedly underscored the central importance of these guarantees, referring to them as lying at the heart of the notion of fair procedure under Article 6 ECHR⁴⁶. Those accused of criminal offences can be compelled to attend the proceedings, but there can be no expectation of any sort of active participation. The ECtHR has expressly linked the right not to incriminate oneself with the presumption of innocence⁴⁷.

Third, according to Article 6(2) ECHR, the accused is to be presumed innocent until proven guilty according to law. Article 6(2) ECHR «requires, *inter alia*, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the

⁴³ See *e. g. Albert and Le Compte v Belgium*, 10 February 1982, Series A no 58, § 39.

⁴⁴ See *e. g. Albert and Le Compte v Belgium*, 10 February 1982, Series A no 58, § 32.

⁴⁵ See *e. g. Berhani v Albania*, no 847/05, 27 May 2010, § 12, where the ECtHR undertook a detailed evaluation of the evidence considered by the national courts before holding that the decision to convict the accused of murder was to be understood as manifestly unreasonable. The ECtHR has considered a large number of cases in this regard on jury trials: see *e. g. Taxquet v Belgium* [GC], no 926/05, ECHR 2010-VI; *Agnelet v France*, no 61198/08, 10 January 2013; *Fraumens v France*, no 30010/10, 10 January 2013; and *Oulahcene v France*, no 44446/10, 10 January 2013; *Lhermitte v Belgium*, [GC], no 34238/09, ECHR 2016, § 68: Sufficient safeguards must exist to enable an accused to understand the guilty verdict against them and to understand the reasons for receiving a heavier sentence on appeal than a co-defendant (see *Voica v France*, no 60995/09, 10 January 2013), the lack of differentiation between certain constituent elements of the alleged offence (see *Legillon v France*, no 53406/10, 10 January 2013), or the reasons for a conviction when the defendant had denied the offence *Bodein v France*, no 40014/10, 13 November 2014). See also *Ruiz Torija v Spain* and *Hiro Balani v Spain*, judgments of 9 December 1994, Series A nos. 303-A and 303-B, § 29, and § 27; *Higgins and Others v France*, judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I, § 42; *Khamidov v Russia*, no 72118/01, 15 November 2007, § 107; *Ajdarić v Croatia*, no 20883/09, § 47-52, 13 December 2011; and *Andelković v Serbia*, no 1401/08, 9 April 2013, § 26-29.

⁴⁶ *John Murray v UK* [GC], 8 February 1996, Reports 1996-I, § 45; *Bykov v Russia* [GC], no 4378/02, 10 March 2009, § 82.

⁴⁷ *Saunders v UK* [GC], 17 December 1996, Reports 1996-VI, § 68: «The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence in Article 6(2) ECHR».

preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him»⁴⁸. There is considerable disagreement about the scope of the presumption of innocence. Some suggest that there is consensus only as regards the core element of the guarantee, namely the protection of the *in dubio pro reo* principle⁴⁹. To the extent, though, that *in dubio pro reo* might be said to regulate both the burden and the standard of proof, it is questionable whether there can be said to be agreement even on this point⁵⁰. It is widely acknowledged that the burden of proving the charge lies on the State. There is less agreement about whether the presumption of innocence encompasses a standard of proof requirement. There are indications in the case law that the presumption of innocence will be violated if «it can be established from the judgment that the court convicted the accused despite lingering doubts as to his or her guilt»⁵¹. Trechsel (2005) notes that the proposal during the drafting process of Article 6(2) ECHR that the words ‘beyond reasonable doubt’ be added to ‘qualify the standard of proof’ ‘was (rightly) rejected because it was felt that this was already implied by the words “presumed innocent until proved guilty”’ (p. 154). Picinali (2021), on the other hand, has argued that the presumption of innocence should be understood as encompassing exclusively a rule on the burden of proof (p. 709). He suggests that while the received view of the presumption of innocence is that it is designed to protect the innocent from the improper use of State power and wrongful conviction, it is better conceptualised as stemming from a prior requirement of rationality—namely the principle of inertia in argumentation (Picinali, 2021 p. 710).

Fourth, leaving aside the proper scope of the presumption of innocence, the values underpinning legal adjudication and in particular the commitment to reason imply some standard of proof. That this takes on particular importance in the criminal law context is illustrated by the relationship between the presumption of innocence and legality⁵². In *Salabiaku*, the ECtHR held that the presumption of innocence as an element of the «right to a fair trial» was «intended to enshrine the fundamental prin-

⁴⁸ *Barberà, Messengué and Jabardo v Spain*, 6 December 1988, Series A no 146, § 77.

⁴⁹ Roxin and Schünemann (2017 p. 69) «Der sachliche Gehalt der in Art. 6 II EMRK positivierten, aber bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Unschuldsvermutung ist—von dem Kernbestand des In dubio-Satzes abgesehen—bis heute umstritten».

⁵⁰ See e. g. Picinali (2021); Roberts (2002). For discussion of the similarities of the substantive and procedural accounts, see Farmer (2018, 71 f.).

⁵¹ Trechsel (2005, p. 174) referring to *Vilborg Yrsa Sigurðardóttir v Iceland*, no 32451/96, 30 May 2000, § 10: «It cannot be seen from the facts of the case and the statements described in the... judgment... that she is more likely to be innocent than guilty».

⁵² See e. g. BVerfGE 82, 106, 114: «Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips».

ciple of the rule of law»⁵³. The presumption of innocence and the prohibition on punishment without law are linked by the common commitment to «lawfulness» and the idea of law as a constraint on State power⁵⁴. Article 7(1) ECHR prohibits the imposition of punishment in the absence of law, while according to Article 6(2) ECHR a person is to be presumed innocent until «proved guilty by law»⁵⁵. The express prohibition on punishment in the absence of law in Article 7(1) ECHR emphasises the particular importance of legality in the criminal context. State punishment in the rule of law will only be justified if it is imposed on a culpable individual for a clearly and prospectively defined prior criminal act or omission⁵⁶. This explains why «the Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases»⁵⁷.

Finally, the obligation on the State to ensure that trials are fair, and that punishment is justified, might be said to give rise to an obligation on the State to avoid wrongful convictions. The extent of this obligation is controversial. It is sometimes said that there will be a «miscarriage of justice whenever an innocent man is convicted» (Williams, 1980, p. 104) and there can be little doubt that people have a «profound right not to be convicted of crimes of which they are innocent» (Dworkin, 1985, p. 72 f.). This gives rise to difficult questions, though, as regards what to do in situations of uncertainty as to guilt or innocence, about whether individuals have a right to a particular level of certainty, and the extent to which procedures must be established to maximise certainty in decision making (p. 79 ff.). Dworkin (1985) puts it like this: «If people are not entitled to the most accurate trials possible, hang the cost, then to what level of accuracy are they entitled?» (73 f.). The regulation of trials and punishment in the rule of law suggests an alternative understanding of miscarriages of justice, though, which is less focused on matters of accuracy. A conviction will be wrongful whenever the factfinder's belief in the guilt of the accused is not formed in the correct way. There will be a miscarriage of justice whenever a conviction is imposed in proceedings which do not meet the standards for the establishment of warranted (legal) belief in the guilt of the accused. Seen in this light there is no contradiction between the right not to be wrongfully convicted and the right to fair procedures which run the risk of a conviction⁵⁸.

⁵³ *Salabiaku v France*, Series A no 141-A, 7 October 1988, § 28.

⁵⁴ See also BVerfGE 9, 167, 169: «Es ist im modernen Strafrecht selbstverständlich, daß eine Bestrafung Schuld voraussetzt (BGHSt 2, 194) und daß dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen».

⁵⁵ See also Trechsel (2005). There was some discussion in the early case law as to whether this should be taken to imply that the reliance on unlawfully obtained evidence would automatically violate the presumption of innocence. In *Schenk v Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no 140, § 50, the ECtHR signalled that the lawfulness referred to in Art 6(2) ECHR was the lawfulness of the conviction or the process and not the lawfulness of individual pieces of evidence.

⁵⁶ See Summers (2022a, ch. 2); Duff *et al.* (2007, p. 89-91); Littlejohn (2020, p. 5275-76).

⁵⁷ *Dombo Beheer v Netherlands* [GC], no 14448/88, 27 October 1993, § 32.

⁵⁸ See the criticism of Galligan (1996, p. 118).

The distinct regulatory framework reflects recognition of the fact that criminal proceedings raise normative issues which differ from those that arise in other types of proceedings, such as those involving the determination of civil rights and obligations. The State assumes responsibility on behalf of the victim and society more broadly for holding offenders accountable and imposing punishment. The distinctiveness of criminal adjudication stems in part from the power of the State and in particular the State monopoly on the prosecution and punishment of crime. States are afforded considerable space to define conduct as criminal and to impose sanctions. At the same time, the State is subject to obligations which both impose limits on, and in certain cases require, the prosecution and punishment of certain types of behaviour⁵⁹. Criminal trials are distinctive because they allow for the attribution of liability and the imposition of punishment for behaviour labelled as of public concern⁶⁰.

3.2. The Standard and Sufficiency of Proof in Criminal Adjudication

Any conception of the success of the verdict framed in terms of accuracy will be too narrow because it fails to account for the importance of process⁶¹. Nevertheless, there can be little doubt that confidence in the veracity of the verdict is important to the legal notion of warranted true belief⁶². True belief in legal adjudication implies, as we have seen, commitment to substantive as well as procedural guarantees and in particular to a normative standard of proof. There is a plausible empirical claim that the standard of proof is higher in criminal cases than civil cases⁶³. This reflects fundamental differences in the regulatory frameworks of the various types of legal proceedings. In cases involving the determination of civil rights and obligations, for instance, the State's obligation is principally to ensure that the right of access to court

⁵⁹ See Lazarus (2012, p. 137): «Any account that seeks to capture adequately the relationship between the criminal law, justice and human rights will have to account for the ambiguity that human rights present: both as limiting coercion by the state and requiring it».

⁶⁰ Chiao's (2016) understanding of the criminal law as «supporting the possibility of the rule of law—a collective life under stable public institutions—by providing crucial support to shared attitudes of reciprocity» (p. 138) is helpful in this regard. See also Professor Goldstein's suggestion that «one purpose of the criminal law ought to be to protect as much deviant behavior as society can tolerate» (Griffiths, 1970, p. 367).

⁶¹ See *e. g.* Duff *et al.* (2007, p. 90): «The justice of the outcome is not wholly independent of the justice of the procedures».

⁶² See also Pardo (2010, p. 43): «On the one hand, there is an obvious sense in which we care about the truth or falsity of legal verdicts. Justice requires truth, and false verdicts are a form of injustice; this, after all, is why we care about proof and evidence in the first place. So it seems, in this sense, absurd to reject truth as the goal or the aim of proof».

⁶³ In common law systems, for instance, the standard of proof is said to be «proof beyond reasonable doubt» rather than the «balance of probabilities» or «preponderance of the evidence» standard applicable in civil cases. See Taruffo (2003, 659 ff.). In countries following the civilian tradition, the commitment to *in dubio pro reo* is of course specific to criminal proceedings.

is practical and effective and to ensure equality between the private parties to the proceedings. A high standard of proof might well make it (too) difficult for a party to assert their civil rights⁶⁴. This explains the «more likely than not» type standard in such cases.

In the context of criminal adjudication, the obligations on the State are radically different. Punishment will only be justified if it is imposed by a factfinder who is warranted in believing, following a distinct process, that the accused is in fact culpable of a *prior* criminal act or omission. Of particular importance in this regard is the «backwards-looking» nature of the imposition of punishment. State punishment will only be justified in the sense of Article 7(1) ECHR if the sanctions imposed are imposed on a culpable individual *for*, in the sense of *as a response to*, the prior act of wrongdoing. Justified punishment therefore depends on the factfinder establishing true belief for distinct reasons following a particular process⁶⁵. Punishment imposed for the wrong reasons is both wrongful and unlawful. Here the State is under an obligation to take proper account of the imbalance which derives from the conception of crime and punishment as matters reserved to the State. This is reflected in the stringent procedural requirements, the express commitment to legality and the more robust standard of proof.

The higher standard of proof is usually considered in consequentialist terms as a response to recognition that wrongful convictions are more problematic than wrongful acquittals and that it serves to guarantee a higher degree of confidence in the accuracy of the conviction⁶⁶. An alternative justification, however, can be derived from the distinctiveness of criminal proceedings and in particular the State imposition of punishment. The State is under an obligation from fairness and equality to ensure that it does not impose on any individual a greater risk of harm (such as the harm of being wrongfully convicted or punished) than it imposes on other individuals⁶⁷. A standard of proof which requires a high standard of belief, such as that «beyond a reasonable doubt», has more potential to meet the requirement of standardised or equal application across all cases than the fuzzier «more likely or not» type standards.

⁶⁴ In *Khamidov v Russia*, no 72118/01, 15 November 2007 for instance, the ECtHR referred to the fact that «the domestic courts in fact set an extreme and unattainable standard of proof for the applicant so that his claim could not, in any event, have had even the slightest prospect of success».

⁶⁵ See Littlejohn (2020, p. 5255): «Although the justification of an action does not typically depend upon the justification of any particular set out beliefs [...] there are some acts that can only be justified if the agent can be guided by the right kinds of reasons [...] Punishment is an example». This rests on the claim that, «[t]o bring in a “Guilty” verdict is [...] not just to make a bare factual or detached claim about the defendant’s conduct; it is to condemn the defendant for having committed a wrong» (Duff *et al.*, 2007, p. 90).

⁶⁶ For considerations see Picinali (2013).

⁶⁷ Dworkin (1985, p. 82) discussing the obligation to ensure that no decision deliberately imposes «on any citizen a much greater risk of moral harm than it imposes on any other».

Conceptualising the stricter standard of belief in these terms highlights the relevance of the legal epistemological discussion on the justification of true belief and the scope for consideration of goals accuracy. Fair treatment in criminal proceedings encompasses both procedural and substantive rights and invokes epistemic goals which are stricter than those which apply to other types of proceedings, such as those involving the determination of civil rights and obligations. Ross (2022) has outlined a vision of (criminal) legal doxasticism according to which: «Guilty verdicts are appropriate only if full belief in guilt would possess a specific rationality-conferring property, given admissible evidence» (p. 5). The question then is what sort of «specific rationality-conferring property» or epistemic support beyond belief is necessary⁶⁸. Duff *et al.* (2007) have argued that only knowledge will do, «for what a verdict of “Guilty” means is not simply that the defendant committed the offence, but that we, the factfinders, know that he committed it; and whilst the former claim is indeed true in this case, the latter is not»; «proof beyond reasonable doubt is thus part of the very purpose of the trial, rather than (as on the instrumentalist view) a means to the end of truth: conviction is appropriate only if the factfinder knows that the defendant is guilty» (p. 89). Littlejohn (2020) takes a similar position, arguing that there is good reason to call into question the depiction of the decision problem as one about decision under risk, not least because there is no uncertainty about which outcome is objectively best (p. 5275)⁶⁹. He argues that the epistemic value in criminal trials ought to be understood not simply in terms of the probability of guilt or innocence but rather in terms of knowledge and failed attempts at knowing (p. 5275 f.). This suggests that «justification of (full) beliefs concerning a defendant’s guilt require more than grounds that would warrant a high degree of confidence in the defendant’s guilt» (p. 5275 f.). The State will only be justified in convicting the accused and imposing punishment if it knows that the defendant is guilty.

The rule of law account of trials and punishment supports these views. The requirement that criminal evidence be gathered and evaluated in a distinct process, designed to ensure fair treatment by guaranteeing individual rights, means that the success of the verdict cannot be framed simply in terms of accuracy of outcome. The attribution of liability and imposition of punishment inherent in the criminal verdict will only be fair if imposed for the right reasons. This notion of process implies commitment not just to procedural but also to certain substantive guarantees, including a commitment to a robust standard of proof. The State authorities are only entitled to hold an individual liable and impose punishment if they know that the accused committed the offence.

⁶⁸ Ross (2022 p. 21) is skeptical about reliance on complicated epistemic concepts such as sensitivity, normalcy and safety and seems to support a «folk notion of belief».

⁶⁹ According to his «gnostic decision-matrix», which does not simply distinguish between guilt and innocence but accounts for known guilt, unknown guilt, and innocence, «the norm that tells us to maximize expected value tells us that we shouldn’t punish».

4. CONCLUSIONS: THE EPISTEMIC AMBITIONS OF THE CRIMINAL TRIAL

Any account of criminal evidence and proof must be situated with a broader theory of criminal adjudication. Criticism of the narrow instrumental focus of standard accounts of criminal adjudication seems well placed (Duff *et al.*, 2007, 62 ff.). The problem, though, might be seen to be less the focus on fairness⁷⁰ and more the tendency to rely on an overly proceduralist conception of the process of prosecution and punishment. Any (solely) proceduralist theory of criminal adjudication is likely to be too narrow to capture the distinctiveness of criminal proceedings. The rule of law account of criminal adjudication must, however, be understood as encompassing substantive as well as procedural requirements. This calls into question the necessity or desirability of appealing to other concepts such as integrity to justify a coherent theory of criminal evidence and procedure⁷¹.

The aim of criminal adjudication in the rule of law should be understood in terms of enabling the establishment of a distinct kind of truth, which is to be determined in line with the substantive and procedural requirements governing justified punishment and fair process. True belief in the rule of law cannot be separated from the process in which it is established, not least because its justification rests in large part in the way evidence is gathered and processed. The fairness of the process is of intrinsic, non-instrumental value and cannot properly be characterised as a side constraint or as serving only to ensure accurate application of the rules but must instead be seen as integral to criminal adjudication⁷². This, though, is not to deny the relevance of the veracity of the verdict. Legality implies a commitment to reason which is guaranteed in large part by the standard of proof requirement. This takes on particular importance in the context of punishment. The State is only entitled to impose punishment when it can demonstrate to an appropriate standard of proof that an individual is to be held culpable for the commission of a prior criminal act or omission. The stringent nature of the standard reflects both the distinctiveness of the concept of State punishment and the obligation on the State to ensure that an individual is not exposed to a greater risk of being wrongfully convicted or punished than that imposed on other individuals. This all speaks for a vision of criminal adjudication as committed to the more ambitious epistemic goal of knowledge rather than simply a high degree of confidence in the accuracy (or inaccuracy) of the probative facts. Warranted true belief in the necessity of imposing punishment will only be justified if guided by appropriate reasons following a distinct process.

⁷⁰ Duff *et al.* (2007, p. 108): «Perhaps it is a mistake to focus so much on the idea of fairness, as if this was the only, or the only non-truth related, value relevant to the trial and its procedures, so that the question is always whether a given procedure or provision is fair».

⁷¹ For criticism of the resort to integrity, see Holroyd and Picinali (2021).

⁷² See Allan (1998).

It is important to stress the relevance of this understanding of truth and proof in criminal adjudication in practice⁷³. The characterisation of the epistemic ambitions of the trial in terms of a high degree of confidence in the accuracy or in accuracy of the prosecution's claim means that in the event that this outcome is subsequently called into question, the verdict need not be seen as having failed in reaching its epistemic ambitions. This can have significant legal and procedural consequences.

The issue is well illustrated by the US Supreme Court judgment in *Shinn v Ramirez*⁷⁴. The case involved two men, David Ramirez and Barry Jones, both convicted of murder and sentenced to death. Ramirez argued that poor legal representation had meant that evidence about his intellectual disability and childhood abuse had not been presented to the court, while Jones argued that ineffective assistance of counsel had meant that evidence of his innocence had not been put to the court. It is notable that four federal appeal court judges had held, on account of the new evidence of innocence, that Jones had been wrongfully convicted⁷⁵. The USSC, however, was unmoved. It overturned its earlier position⁷⁶, and held that federal courts could not consider evidence of ineffective counsel if that evidence had not been presented to a state court, even if the failure to do so was on account of the ineffectiveness of the legal assistance. The majority referred to the task of deciding «within the limits of human fallibility, the question of guilt or innocence of its citizens» as principally falling to the states and characterised the potential for subsequent intervention by the federal courts as «an affront to the State and its citizens who returned a verdict of guilt after considering the evidence before them. Federal courts, years later, lack the competence and authority to relitigate a State's criminal case»⁷⁷.

This case demonstrates the very real practical importance of the different conceptions of the aims and character of legal truth and proof. If the aim of the verdict is to ensure a sufficient degree of confidence in the accuracy (or inaccuracy) of the probative facts, then such verdicts might be regarded as having succeeded, even if they are subsequently called into question. If though, the aim of the verdict is true belief guided by appropriate reasons in the context of a fair process such as to amount to knowledge, then the verdicts clearly failed. The reasons for the imposition on the punishment were flawed in that the factfinder's belief patently did not amount to knowledge that the accused committed the crime. In such circumstances, the verdict is to be regarded as *void ab initio*.

The ECtHR has had to grapple with similar issues in the context of outcome and process. In an important case on the right to confrontation, for instance, it tempered

⁷³ See too Littlejohn (2020, 5275): «Readers will undoubtedly want to know why we should think the law ought to care about the difference between punishing someone known to be guilty and punishing someone when there is a high probability of guilt».

⁷⁴ *Shinn v Ramirez*, 596 US ____ (2022).

⁷⁵ November 29, 2019, the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit

⁷⁶ *Martinez v Ryan*, 566 US 1 (2012),

⁷⁷ *Shinn v Ramirez*, 596 US ____ (2022) § 22.

the right to confront witness evidence by introducing an incoherent balancing standard in response to criticism from the UK Supreme Court (UKSC)⁷⁸. The UKSC had determined, after conducting an extensive review of the Strasbourg case law, that the aim of the right to confrontation was essentially to ensure the reliability of the evidence⁷⁹. This was of central importance to its decision to reject the more stringent approach of the Strasbourg court on the regulation of untested witness evidence⁸⁰. The subsequent judgment of the Grand Chamber essentially accepted the interpretation of the UKSC and should be understood as a capitulation to simple instrumentalism⁸¹. Similar issues of (in)coherence and of a failure to clearly outline the fundamental values underpinning Article 6(1) ECHR have emerged in the context of the ECtHR's «fairness as a whole» doctrine, which has led to frankly inexplicable restrictions on some of the central rights of the accused⁸². Such cases highlight uncertainty in the case law of the ECtHR as to the fundamental principles and values underpinning the rights of the accused and emphasise the importance of engaging with and indeed explaining the intrinsic value of process inherent in Article 6 ECHR and Article 7(1) ECHR.

Finally, it seems important to note that a conception of the legal truth which accentuates the connection between process and outcome seems to provide more space for acknowledgment of the limitations and inherent fallibility of adjudicative factfinding. Facts in the courtroom are in the words of Jerome Frank (1949, p. 22) «twice refracted». The ways in which those involved in the proceedings interpret events or situations will often depend on a number of factors including «prior experience, on the ways in which people have organised their own sense-making and observation, on the patterns that have emerged in the past for them as meaningful in living daily life [...] Stories may diverge, then, not because one is true and another false, but rather because they are both self-believed descriptions coming from different points of view informed by different background assumptions about how to make sense of events» (Lane Schepple, 1989, p. 2082). In addition, many aspects of factfinding, such as evaluations of culpability, are highly evaluative in nature, «so that it is not really accurate to say that only truth is at stake» (Summers, 1999 p. 508). Within this context, the regulation of the way evidence is gathered and processed takes on central importance in ensuring the success of legal verdicts generally and of criminal verdicts in particular.

⁷⁸ *Al Khawaja and Tahery v UK* [GC], nos 26766/05 and 22228/06, 15 December 2011.

⁷⁹ See e. g. *R v Horncastle and Others* [2009] UKSC 14.

⁸⁰ *Al-Khawaja and Tahery v UK*, nos 26766/05 and 22228/06, 20 January 2009.

⁸¹ For discussion Jackson and Summers (2013).

⁸² See e. g. *Ibrahim and Others v UK* [GC], nos 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13 September 2006.

BIBLIOGRAPHY

- Alexy, R. (2009). The Reasonableness of Law. In G. Bongiovanni, G. Sartor, C. Valentini (Eds.), *Reasonableness and Law*. Springer.
- Allan, T. R. S. (1998). Procedural Fairness and the Duty of Respect. *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, 497-516.
- Ashworth, A. and Redmayne, M. (2010). *The Criminal Process* (4th ed). Oxford University Press.
- Bentham, J. (1827). *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*. CM Reyneli.
- Borges, J. L. (1964). Emma Zunz. In D. A. Yates and J. E. Irby (Eds.), *Labyrinths: Selected Stories and Other Writings*. New Directions.
- Butler, J. (1736). *Analogy of Religion Natural and Revealed to the Constitution and Course of Nature*. Beecroft.
- Chiao, V. (2016). What is the Criminal Law For? *Law and Philosophy*, 35, 137-163.
- Cohen, L. J. (1989). Belief and Acceptance. *Mind*, XCVIII(367).
- Cohen, L. J. (2000). Why Acceptance that P Does Not Entail Belief that P. In P. Engel (Ed.), *Believing and Accepting* (pp. 55-63). Kluwer.
- Dahlman, A. Stein, and G. Tuzet (Eds.), *Philosophical Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Damaška, M. (1997). Rational and Irrational Proof Revisited. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 5, 25-40.
- Duff, A., Farmer, L., Marshall, S. and Tadros, V. (2007). *The Trial on Trial. Volume 3: Towards a Normative Theory of the Trial*. Hart Publishing.
- Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Harvard University Press.
- Enoch, D., Spectre, L. and Fisher, T. (2012). Statistical Evidence, Sensitivity, and the Legal Value of Knowledge. *Philosophy and Public Affairs*, 40, 197-224.
- Farmer, L. (2018). Innocence, the Burden of Proof and Fairness in the Criminal Trial: Revisiting Woolmington v DPP (1935). In J. Jackson and S. Summers (Eds.), *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings: Individual Rights and Institutional Forms*. Hart Publishing.
- Ferrer Beltrán, J. (2006). Legal Proof and Fact Finders' Beliefs. *Legal Theory*, 12, 293-314.
- Frank, J. (1949). Facts are Guesses. In J. Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton University Press.
- Frowein J. A. and Peukert, W. (2022). *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK Kommentar*. N. P. Engel.
- FT (2022, July 21). Apropos of Nothing. *The New York Review of Books*.
- Fuller, L. L. (1960). Adjudication in the Rule of Law. *Proceedings of the American Society of International Law*, 54, 1-8.
- Fuller, L. L. and Williams, K. I. (1978). The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 92, 353-409.
- Galligan, D. J. (1996). *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Clarendon Press.
- Goldmann, A. I. (1979). What is Justified Belief. In G. S. Pappas (Ed.), *Justification and Knowledge*. Reidel.
- Goldmann, A. I. (2002). The Unity of the Epistemic Virtues. In A. I. Goldmann (Ed.), *Pathways to Knowledge: Private and Public*. Oxford University Press.
- Goldmann, A. I. (2015). Reliability, Veritism and Epistemic Consequentialism. *Episteme*, 12, 131-143.
- Griffiths, J. (1970). Ideology in Criminal Procedure. *Yale Law Journal*, 79, 359-417.
- Habermas, J. (1998). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. MIT Press.
- Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E. and Buckley, C. (2018). *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights* (4th ed). Oxford University Press.

- Hartshorne, C. and Weiss, P. (1931-1935). *Collected Papers of Charles Sanders Peirce* (vol. 5). The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ho, H. L. (2008). *Philosophy of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Ho, H. L. (2021). The Legal Concept of Evidence. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2021 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/win2021/entries/evidence-legal>
- Holroyd, J. and Picinali, F. (2021). Excluding Evidence for Integrity's Sake. In C. Jackson, J. and Summers, S. (2012). *The Internationalisation of Criminal Evidence*. Cambridge University Press.
- Jackson J. and Summers, S. (2013). Confrontation with Strasbourg: UK and Swiss Approaches to Criminal Evidence. *Criminal Law Review*, 2, 114-130.
- Jaconelli, J. (2003). What is a Trial. In M. Mulholland and B. Pullan (Eds.), *The Trial in History: England and Europe from the Thirteenth to the Seventeenth Century*. Manchester University Press.
- James, W. (1975). Pragmatism's Conception of Truth. In F. Bowers and I. Skrupskelis (Eds.), *The Works of William James, Pragmatism*. Harvard University Press.
- Kaplan, J. (1968). Decision Theory and the Factfinding Process. *Stanford Law Review*, 20.
- Keil, G. (2019). *Wenn ich mich nicht irre: Ein Versuch über die menschliche Fehlbarkeit* (3rd ed). Reclam.
- Kelly, T. (2016). Evidence. In E. N. Zalta (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/evidence/>
- Kim, J. (1988). What is «Naturalized Epistemology». In J. Tomberlin (Ed.), *Philosophical Perspectives* (2. Epistemology, pp. 381-405). Ridgeview Publishing Co.
- Lane Schepple, K. (1989). Foreward: Telling Stories. *Michigan Law Review*, 87, 2073-2098.
- Laudan, L. (2008). *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press.
- Lazarus, L. (2012). Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce. In L. Zedner and J. V. Roberts (Eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*. Oxford University Press.
- Littlejohn, C. (2020). Truth, Knowledge, and the Standard of Proof in Criminal Law. *Synthese*, 197, 5253-5286.
- Mahlmann, M. (2009). *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz* (2nd ed). Nomos.
- Meyer, F. (2019). Band X: EMRK. In J. Wolter and M. Deiters (Eds.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung* (5th ed). Carl Heymanns Verlag.
- Nance, D. (2021). Truth, Justification and Knowledge. In B. Zhang, S. Tong, J. Cao, C. Fan (Eds.), *Facts and Evidence: A Dialogue Between Philosophy and Law*. Springer.
- Pardo, M. S. (2010). The Gettier Problem and Legal Proof. *Legal Theory*, 16, 37-57.
- Picinali, F. (2013). Two Meanings of Reasonableness: Dispelling the «Floating» Reasonable Doubt. *Modern Law Review*, 76, 845-875.
- Picinali, F. (2021). The Presumption of Innocence: A Deflationary Account. *Modern Law Review*, 84, 708-739.
- Postema, G. (1977). The Principle of Utility and the Theory of Procedure: Bentham's Theory of Adjudication. *Georgia Law Review*, 11, 1393-1423.
- Rescher, N. and Joynt, C. B. (1959). Evidence in History and in the Law. *The Journal of Philosophy*, 56, 561-578.
- Roberts, P. (2003). The Presumption of Innocence Brought Home? Kebliene Deconstructed. *Law Quarterly Review*, 118, 41-71.
- Ross, L. (2021). Rehabilitating Statistical Evidence. *Philosophy and Phenomenological Research*, 102, 3-23.
- Ross, L. (2022). The Foundations of Criminal Law Epistemology. *Ergo*, forthcoming.
- Roxin, C. and Schünemann, B. (2017). *Strafverfahrensrecht* (29th ed). C. H. Beck.
- Sibley, W. M. (1953). The Rational Versus the Reasonable. *The Philosophical Review*, 62, 554-560.
- Summers, R. S. (1999). Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact Finding—Their Justified Divergence in Some Particular Cases. *Law and Philosophy*, 18, 497-511.

- Summers, S. J. (2022a). *Sentencing and Human Rights: The Limits on Punishment*. Oxford University Press.
- Summers, S. J. (2022b). Trials and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht II*, forthcoming.
- Taruffo, M. (2003). Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, 51, 658-677.
- Trechsel, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory Essays* (2nd ed). Cambridge University Press.
- von Wright, G. H. (1993). Images of Science and Forms of Rationality. In G. von Wright (Ed.), *The Tree of Knowledge and Other Essays* (pp. 172-192). Brill.
- Weigend, T. (2003). Is the Criminal Trial about Truth? A German Perspective. *Harvard Journal of Public Law and Policy*, 26, 157-174.
- Williams, B. (1973). Deciding to Believe. In B. Williams (Ed.), *Problems of the Self: Philosophical Papers 1956-1972*. Cambridge University Press.
- Williams, G. (1980). A Short Rejoinder. *Criminal Law Review*, 103.
- Wright, R. W. (1988). Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. *Iowa Law Review*, 73, 1001.

CIENCIA
PARA EL PROCESO

LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA: FUNDAMENTOS, VALIDEZ Y FIABILIDAD*

Sergio Luis Cando Shevchukova
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República
Licenciado en Ciencias Sociales
Universidad de Cuenca

RESUMEN: La prueba pericial actualmente reviste trascendencia en la toma de decisiones. Su recepción acrítica y la falta de datos empíricos ha provocado mucha preocupación, dada su posibilidad de error. Especial atención exige, en este contexto, la prueba grafotécnica, ya que se ha recibido y utilizado acríticamente como una metodología válida y fiable. Es, pues, objeto de este trabajo analizar cuáles son los fundamentos empíricos de la prueba pericial grafotécnica; es decir, conocer si disponemos de información sobre la validez y fiabilidad de estos procedimientos, abordar sus métodos y, en fin, conocer cómo funcionan. En este estudio se investigan las premisas teóricas y fundamentos de la prueba grafotécnica, y se repasan también las metodologías, técnicas y «leyes» en las cuales se sustenta. A partir de ese análisis se extraerán algunas conclusiones sobre su funcionamiento para conocer si empíricamente mide lo que pretende medir.

PALABRAS CLAVE: prueba pericial, grafotécnica, grafología, calígrafo, comparación de firmas.

THE GRAPHOTECHNICAL TEST: FUNDAMENTALS, VALIDITY AND RELIABILITY

* Agradezco a Carmen Vázquez, Jordi Ferrer y Jaime Oportus; quienes por sus oportunos comentarios, ideas y sugerencias han permitido mejorar este trabajo.

ABSTRACT: Expert evidence is currently of great importance in decision making. Its uncritical reception and lack of empirical data has been of great concern, given its potential for error. In this context, graphotechnical evidence requires special analysis, since it has been received and used uncritically as a valid and reliable methodology. The purpose of this paper is therefore to analyze the empirical foundations of the graphotechnical expert evidence; that is, to know if we have information on the validity and reliability of these procedures, to address their methods and, finally, to know how they actually work. This study addresses the theoretical premises and foundations of graphotechnical evidence, and offers an account of the methodologies, techniques and those «laws» on which this technique is based; from this, we will investigate and conclude on its operation to know if it empirically measures what it intends to measure.

KEYWORDS: expert evidence, graphotechnical, graphology, calligraphy, signature comparison.

SUMARIO: 1. PREMISAS DE ESTUDIO.— 2. PRELUDIO: UN BREVE ACERCAMIENTO A LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA.— 3. FUNDAMENTOS DE LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA: METODOLOGÍA, SOBREALORACIONES Y PARADIGMAS.— 4. REESCRIBIENDO LA HISTORIA SOBRE UNA «FE CIEGA».— 5. VALIDEZ Y FIABILIDAD: LOS RETOS DE LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA.— 6. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA.

1. PREMISAS DEL ESTUDIO

El riesgo de error siempre está latente en todo tipo de decisiones, incluidas las judiciales. Por ello, resulta importante centrar nuestra mirada en los mecanismos que nos permitan obtener una mejor riqueza de nuestros acervos probatorios. Estos mecanismos no solamente deben «maximizar la incorporación del mayor número de pruebas relevantes», sino también dotar al acervo probatorio de elementos «de mayor fiabilidad» (Ferrer Beltrán, 2021, p. 122).

Para ello es necesario contextualizar que el presente estudio se enfoca en el primero de los momentos de la actividad probatoria, esto es, en la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas (Ferrer Beltrán, 2007, p. 41) y, como tal, resulta necesario tener presente que la probabilidad de acierto de una decisión sobre los hechos está directamente relacionada con la riqueza de dicha información y con la comprensión que de la misma tiene el juzgador, dado que la decisión de los hechos se toma considerando las pruebas relevantes que hayan sido admitidas y practicadas (Vázquez, 2015, p. 28-33). Así pues, el presente estudio se adscribe a una concepción racionalista de la prueba¹.

Una de las principales razones de discutir la admisibilidad de las pruebas, principalmente periciales, en el primero de los momentos de la actividad probatoria, es su fin epistemológicamente preventivo, puesto que admitir prueba fiable nos permitiría,

¹ Para más información sobre el tema, véase: Ferrer Beltrán (2021, p. 17-18); Accatino (2019).

eventualmente, evitar un desgaste innecesario de tiempo, esfuerzo, recursos económicos y reducir posibles errores que se puedan cometer (Edmond, 2020, p. 332).

Tener presente las premisas anteriores nos permitirá poner en contexto que debemos analizar y estudiar aquellos mecanismos gracias a los cuales sea posible alcanzar el objetivo institucional, es decir, establecer aquella correspondencia entre los enunciados con lo acaecido en el mundo externo, aun cuando asumamos que las decisiones son falibles, es decir, que nuestros juicios pueden encontrarse equivocados. Dichas premisas nos exigen también acercarnos a los fundamentos de los diversos conocimientos que se aplican para la toma de decisiones, lo cual nos lleva, entre otras cuestiones, a esa incesante búsqueda de obtener pruebas relevantes de mayor validez y fiabilidad.

Como estamos hablando del conocimiento experto, es menester tener en cuenta aquellos aspectos representativos entre la ciencia y el derecho que, para Haack (2009, p. 15-21), permiten determinar una difícil relación entre estos, ya sea por los intereses económicos de las cuestiones científicas que se ventilan en los procesos judiciales, por la celeridad procesal frente a las dinámicas científicas, que exigen más tiempo, o por los modelos procesales adversariales, con sus reglas de exclusión, que en cierta forma pueden disuadir de tener aquellas pruebas relevantes y de mayor fiabilidad. A esto podemos sumar incluso la recepción acrítica de ciertas técnicas y procedimientos que vienen siendo constantemente utilizadas en los procesos judiciales y usualmente han sido consideradas científicas. Por ello, es necesario un adecuado y estricto escrutinio de la prueba (Duce, 2020, p. 370).

Y es que la falta de atención a cómo se prueban los hechos ha provocado que se desatienda la validez y fiabilidad de las técnicas, métodos y, en general, de la información que presenta el experto². De igual forma, desconocer cómo funciona un método o técnica ha llevado en no pocas ocasiones a discusiones sobre externalidades y formalidades³, evitando de esta forma la discusión acerca de la validez y fiabilidad de las pruebas periciales⁴.

En este estudio me centraré, por tanto, en analizar el grado de validez y fiabilidad que, actualmente, aporta la prueba pericial grafotécnica. Para ello, resulta también necesario tomar como punto de partida la crítica a la excesiva deferencia que el foro ha dado a ciertas técnicas o métodos bajo la creencia de que estos, por su repetida

² Esta falta de atención, junto con la deficiente cultura científica y el influjo del imaginario popular, ha traído consigo el denominado *efecto CSI*, que consiste en un aumento desmedido de la confianza en diversas técnicas forenses. Véase al respecto Gascón (2020, p. 241).

³ Por ejemplo, el tratamiento usual se basa en una mera descripción acrítica de este método forense, a tal punto que únicamente se alude a su concepto, distinciones y la forma en que está previsto en la norma. Para más información sobre este particular, véase Abel Lluch y Picó i Junoy (2009, p. 204-209).

⁴ Esta es una de las preocupaciones que se manifiestan también en los informes del NRC (Consejo Nacional de Investigación de Estados Unidos) (2009, p. 107-108) y del PCAST (Consejo de Asesores del Presidente de Estados Unidos en Ciencia y Tecnología) (2022), publicado originalmente en 2016.

utilización, se asientan en bases científicas, sin echar siquiera una mirada a sus fundamentos⁵.

Es precisamente ese carácter de infalibilidad, científicidad y deferencia que usualmente se confiere a los expertos lo que ha impedido ahondar en la validez y fiabilidad de los métodos, técnicas y, en general, de la información que aporta el experto. Uno de los tópicos recurrentes en este tipo de estudios nos conduce necesariamente, según los factores Daubert, a fijar nuestra mirada en los desacuerdos genuinos que se presentan entre los peritos sobre si su metodología cuenta con el apoyo de una comunidad experta o si se trata de métodos no avalados; y, como consecuencia de lo anterior, sobre si ha sido revisada por pares, cuál es el rango de error de la técnica o método utilizado o si esta ha sido testada o incluso falseada⁶.

Esa es la razón de que este estudio se decante por un modelo educativo, es decir, por un modelo que precisa profundizar el estudio e investigación de las pruebas para mejorar la calidad de su utilización y, por otra parte, dotar de la información y la formación necesaria para que las decisiones sean lo mejor informadas y racionales posibles (Gascón, 2020, p. 250-261; Vázquez, 2015, p. 149-209).

En fin, asumiendo las premisas que anteriormente se han formulado como punto de partida, podremos abordar epistemológicamente los problemas que conlleva el uso de la prueba pericial grafotécnica según lo veremos a continuación.

2. PRELUDIO: UN BREVE ACERCAMIENTO A LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA

En la actualidad, no existe acuerdo sobre la denominación de la técnica que conlleva la determinación de la autoría de una escritura o firma; de hecho, su terminología es un tanto confusa puesto que se la ha denominado de diferentes formas⁷. Por

⁵ La admisión de la técnica grafotécnica se ha tomado de forma acrítica. Así, por ejemplo, sobre esta prueba en Estados Unidos se ha dicho: «*Under Frye* (Frye v. United States, 54 App. D.C. 46, 293 F. 1013, 1014 [1923]), forensic document examination has been consistently accepted in the courts in spite of the challenges generated by the Daubert decision in 1993 (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 [1993])» Harrison et al. (2009)

⁶ Estos son precisamente los parámetros (también denominados *factores* o *criterios*) del caso Daubert. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 [1993]). Para una extensa explicación de los factores Daubert y una mirada crítica, véase también Vázquez (2015, p. 83-127) y Haack (2020, p. 157-290).

⁷ En algunas ocasiones se la denomina grafología, aunque esta, en esencia, tiene por objeto el estudio de la personalidad; en otras ocasiones, se la ha denominado caligrafía, como en el caso español, aunque etimológicamente tenga por objeto el estudio sobre la belleza de la escritura; en otras ocasiones se han utilizado términos como grafocrítica, grafoscopia, grafoanálisis o grafotécnica. Su denominación puede responder incluso a los diferentes tipos de procedimiento que se utilizan, como la grafometría o la escopometría entre otros. Para un análisis de cada uno de ellos, véase Vels (1972, p. 11); Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 31); Orellana de Castro (2020, p. 120-121); Simón (2015, p. 15).

una parte, algunos autores y legislaciones han utilizado, entre otros, los términos prueba grafológica⁸, caligráfica, escopométrica, grafometría, grafocrítica, grafoanálisis y grafotécnica. A pesar de ello, la cuestión que aquí se estudia no precisa definir las sino abordar ciertas confusiones sustantivas⁹; por ello, para abordar esta técnica se utilizará indistintamente la denominación de grafotécnica.

Los orígenes de la prueba grafotécnica, aunque no entraré en mayor detalle, tampoco son muy claros. Autores como Del Val Latierra (1963, p. 5) establecen como estudios primigenios los realizados en Francia por parte de Jean-Hippolyte Michon, Crépieux-Jamin, Solange Pellat y Locard entre otros. Las bases sentadas por estos, a su vez, sirvieron para constituir las escuelas inglesas, alemanas e italianas. En síntesis, algunos autores (Martín Ramos, 2010, p. 57) señalan que el análisis de la falsedad de los documentos siempre ha estado presente. Se inició con el *proceso del mes* bajo el reinado del faraón Horemheb y continuó con la Lex Cornelia de Falsis, *Las siete partidas* de Alfonso X el Sabio, La bula *Inter Cura*, el caso Dreyfus¹⁰ y *Questioned Documents* de Osborn entre otros¹¹.

Lo cierto es que la prueba grafotécnica, a través del tiempo, ha venido consolidándose en su utilización por parte de los tribunales de justicia¹², sin que a la fecha tengamos una referencia de sus fundamentos empíricos y bases teóricas¹³, a tal punto que existe la creencia de que un peritaje generalmente denominado como

⁸ Tempranamente, Taruffo (2009, p. 466) definía la pericial grafológica como «escasamente admisible ante un análisis más actualizado».

⁹ Es decir, respecto de ciertas confusiones que pueden surgir al utilizar métodos comparativos con propósitos u objetos distintos. Por ejemplo, que la grafología —cuyo objeto de estudio es la personalidad— sea utilizada para extraer conclusiones sobre la autoría de un escrito.

¹⁰ El caso Dreyfus, constantemente citado en las obras que relatan la historia de la grafología como uno de los más prominentes de la época, se basa en el estudio en 1894 de una carta enviada a un agregado militar alemán en París en la que constaban descripciones de datos estratégicos del ejército francés. En un primer momento se condenó a Dreyfus en base a una pericia que determinó que la letra de la misiva era la suya, aunque posteriormente se llegó a la conclusión de que el autor era otra persona. La historia completa puede consultarse en Martín Ramos (2010, p. 66-67).

¹¹ Para una interesante referencia histórica, véase Martín Ramos (2010, p. 55-71). El autor ofrece en esa obra (p. 69) una relación de documentos que también pueden consultarse. Destacan entre ellos los siguientes: *Les écrits et les dessins dans les maladies nerveuses et mentales* de Rogues de Fursac; *Questioned Documents* (1909) de Albert Osborn; *Contested Documents* (1932) de Brewster; *Anonymous Letters* (1933) de Robert Saudek; *Traité de Criminalistique*, (1936 y 1937) de Locard; *Documents and Their Scientific Examination* (1935) de Mitchel; *Suspect Documents* (1958) de Wilson R. Harrison; *Manual de firmas y papeles sospechosos* (1884) de Federico Miracle y Carbonell; *El falsificador de firmas y documentos* (1889), y algunas publicaciones como *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* y *Forensic Science International*.

¹² Sobre esto, véase la STS Sala 2 de 3 de junio de 2014, en la que se indica lo siguiente: «Esta se refrenda con el resultado de las pruebas periciales caligráficas que descartan que fuera ella la que materializara la firma que se le atribuye en tales contratos». Véase también Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Segunda Sala de lo Penal, Juicio 96-GACastillo-2009, Quito 11 de febrero de 2010.

¹³ Taruffo (2009, p. 463) advertía hace tiempo sobre los problemas de aquellos métodos tradicionalmente considerados científicos que, sin embargo, no lo eran. Entre ellos mencionaba la grafología..

«grafológico»¹⁴ o «caligráfico» es el único medio idóneo a través del cual se puede identificar la autoría o falsedad de un escrito o firma¹⁵. Esto ha conllevado que, en no pocos casos, la admisión de este tipo de pruebas se realice de una forma acrítica. Como veremos posteriormente, esta recepción acrítica ha sido matizada por parte de algunos tribunales en Estados Unidos.

Generalmente, quienes han estudiado la técnica para determinar la falsedad de documentos escritos o de su contenido han señalado que es conveniente separarla de la grafología. No solamente por su área de estudio, sino también porque la grafología «no alcanza aceptación científica»¹⁶.

A pesar de ello, cualquiera que sea la denominación que se otorgue a esta técnica, sus orígenes son comunes y compartidos¹⁷, es decir, tanto la grafología como la caligrafía y, en general, la prueba grafotécnica tienen un mismo fundamento teórico. Inicialmente se empleó como una técnica comparativa cuyo propósito era determinar los rasgos de personalidad de un individuo y posteriormente, con las mismas bases, se escindió para servir de sustento a aquella que determina la autoría de un escrito o firma.

3. FUNDAMENTOS DE LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA: METODOLOGÍA, SOBREVALORACIONES Y PARADIGMAS

La prueba grafotécnica forma parte de las denominadas ciencias forenses, y esto supone que sus procedimientos implican por lo general el reconocimiento, la recolección, el análisis y la interpretación de vestigios o evidencias (PCAST, 2022, p. 289). Como observaremos, gran parte los fundamentos teóricos y prácticos de la prueba grafotécnica nos permiten inferir que se trata, de modo general, de un método forense de comparación¹⁸ de características; es decir, los procedimientos grafotécnicos pretenden medir y determinar la probabilidad de que dos o más muestras procedan de una misma fuente.

¹⁴ Aun que hemos visto que la grafología se encarga del análisis de la personalidad, como un test proyectivo. Véase Simón (2015, p. 15).

¹⁵ Es este punto es necesario dejar claro que el análisis se limita a determinar la autoría de los manuscritos y la firmas, y no trata de las alteraciones o adiciones que haya podido sufrir una escritura.

¹⁶ Juan Francisco Orellana de Castro y Rafael Orellana de Castro (2013, p. 78-83) han señalado, por ejemplo, lo siguiente: «Siempre hemos considerado que un informe pericial referido a la autenticidad o falsedad de firmas no tiene nada que ver con un estudio grafológico, centrado en determinar los rasgos caracterológicos de un individuo». Véase también Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 31); Orellana de Castro, (2020, p.121).

¹⁷ Para una descripción histórica completa, véase Simón (2015, p. 22-48). Véase también Espino Bermell (2017, p. 27).

¹⁸ Así, por ejemplo, el artículo 349.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala: «Se practicará por perito el cotejo de letras cuando la autenticidad de un documento privado se niegue o se ponga en duda por la parte a quien perjudique».

Generalmente, las muestras dependen de si existe o no duda de su autoría. Así pues, por una parte tenemos una muestra, que puede ser un escrito o firma cuya autoría se tiene por reconocida, se considera indubitada o no cuestionada, y por otra parte una o más muestras cuya fuente se desconoce o se pone en duda, es decir: una muestra dubitada¹⁹ o cuestionada.

Las bases para esta comparativa se sientan en la idea de la automatización de la escritura que, según su teoría, resulta de una integración neuromuscular en donde intervienen las funciones fisiológicas y psicológicas que, mediante un procedimiento de repetición, al parecer nos permiten adquirir la habilidad para realizar ciertos trazos gráficos. El dominio de esos trazos haría posible, a su vez, que reproduzcamos unos rasgos personales que, si bien pueden ser semejantes a otros, presentarían una serie de características gracias a las cuales sería posible individualizarnos²⁰. De aquí proviene el criterio de unicidad del cual hablaremos posteriormente.

A partir de estas bases teóricas, Solange-Pellat realiza una descripción de lo que él llama «leyes de la escritura» (Salamea Carpio, 2018, p. 65), que señalan lo siguiente:

1) El gesto gráfico está bajo la influencia directa del cerebro. Si funciona normalmente y se encuentra suficientemente adaptado a la función que cumple, el órgano escritor no modifica la forma de ese gesto gráfico.

2) Cuando se escribe, el yo está en acción, pero el sentimiento casi inconsciente de que el yo obra pasa por alternativas continuas de intensidad y de debilidad. Alcanza la máxima intensidad donde existe un esfuerzo a realizar (esto es, en los inicios) y la mínima donde el movimiento escritural está secundado por el impulso adquirido (esto es, en los finales).

3) No se puede modificar voluntariamente, en un momento dado, la escritura natural, sino introduciendo en el trazado la propia marca del esfuerzo que se hizo para obtener la modificación.

4) El escritor que actúa en circunstancias en que el acto de escribir es particularmente difícil, traza instintivamente formas de letras que le son más habituales simples, con un esquema más fácil de construir²¹.

Con esta base teórica se establecen tres escuelas de pensamiento²²: la mímica, la simbólica y la emocional.

¹⁹ En el mismo sentido, Taylor *et al.* (2020, p. 12).

²⁰ *Cfr.* Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 42). Pueden encontrarse lecturas similares en: Espino Bermell (2017, p. 64-105); Simón (2015, p. 53-55); Salamea Carpio (2018, p. 64). Incluso existen ciertas publicaciones que pretenden descifrar el origen neurológico del acto de escribir. Sin embargo, ninguna de ellas cuenta con un respaldo empírico ni teórico aceptable. Véase Mora (2015).

²¹ Algunos autores apuntan la existencia de leyes adicionales, aunque en muchos casos se trata de una mera explicación de estas. Véase, en este sentido, Del Val Latierro (1963, p. 10-11); Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 42-45).

²² Así lo señala al menos Simón (2015, p. 52) cuando dice: «Una vez desarrolladas las directrices básicas de cada una de estas escuelas, de las cuales se derivan gran parte de las leyes de la grafología

La escuela mímica, según se ha señalado, fue acuñada por Michone y tiene como idea básica que la escritura es reflejo de los «gestos inconscientes» que usualmente realizamos (Simón, 2015, p. 49). Bajo esta premisa, posteriormente se agruparon en siete los denominados «modos» diversificados,²³ que contienen, a su vez, ciento ochenta y un géneros gráficos.

Por su parte, la escuela simbólica, a cargo de Max Pulver, tiene un aspecto más esotérico, ya que idealiza la personalidad de un firmante o escritor en función de una línea divisoria horizontal y vertical en forma de cruz. Según este autor «el hombre se mueve —al escribir sobre el papel— entre el cielo y el abismo, entre el pasado y su futuro». Por tanto, si un gesto gráfico tiene tendencia a desarrollarse, dentro de esos rangos, en la zona superior del espacio que forma la cruz, representa el mundo de las ideas; la inferior, lo material e instintivo; la izquierda, la introversión y el pasado, y la derecha, la extraversion y el futuro, teniendo por centro la asociación del «yo manifestado» (Simón, 2015, p. 49-50)²⁴.

Finalmente, la escuela emocional, a cargo de Rafael Sherman, se sustenta en modificaciones de ciertas partes de la escritura en las que interviene la emotividad del autor (Simón, 2015, p. 51). Aquí es donde ingresa la idea del ritmo gráfico que, a su vez, es sustento de los denominados *idiotismos* que, para esta escuela, constituyen rasgos personales únicos e irrepetibles. De aquí proviene la idea que «no hay dos escrituras iguales»²⁵.

Estas escuelas, aunque divergentes en cuanto a sus propósitos, en muchas ocasiones se asocian y combinan para el estudio grafotécnico. Es decir, sus fundamentos se mezclan, como veremos posteriormente en el análisis extrínseco del intrínseco²⁶, lo cual indudablemente es desacertado debido a que sus fines son diferentes. Por ejemplo, la escuela mímica parte de la idea de la individualización mediante un procedimiento inconsciente, mientras que la simbólica alude a un estudio de la personalidad según el lugar del documento y la dirección en que se escriba o firme. Esto se puede encontrar en las leyes antes descritas cuando se alude a la influencia directa del cerebro y luego de la acción del yo. Sin embargo, ninguno de los fundamentos teóricos

actual». Véase también Galende Díaz y Gómez Barajas (2008, p. 212).

²³ Estos modos son el orden, el tamaño, la forma, la dirección, la inclinación, la velocidad y la presión (Simón, 2015, p. 49). Encontramos descripciones similares en Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 55-68) y Salamea Carpio (2018, p. 80).

²⁴ Véase también Salamea Carpio (2018, p. 56).

²⁵ *Cfr.* Salamea Carpio (2018, p. 81).

²⁶ Encontramos un buen ejemplo de esto en Martín Sánchez (1997, p. 23) y también en Espino Bermell (2017, p. 27), que señala lo siguiente: «Para la comprensión de la materia que nos ocupa y partiendo de la íntima relación existente entre la grafología y la pericia caligráfica, como antecedentes que justifican que el método grafonómico sea el más usado». Todas estas características, tanto de forma como intrínsecas de la forma, también son analizadas en el campo de la grafología como parte de un sistema descriptivo de la personalidad. Para más información sobre este particular, véase Simón (2015, p. 123-349).

de estas escuelas tiene un sustento empírico, como veremos posteriormente, por lo que no comparto su teorización.

Como se había señalado anteriormente, el método que se utiliza en el estudio grafotécnico es el método comparativo y dentro de este método existen una serie de procedimientos o pasos que deben realizarse para la medición de los grafismos. Así, por ejemplo, pueden utilizarse procedimientos como el escopométrico, que funda su análisis en un instrumento denominado escopómetro, el gramatomórfico, el geométrico-estructural, el signalético-descriptivo, el grafopsicológico, el grafométrico y el grafonómico entre otros²⁷.

Todos estos procedimientos tienden a realizar una medición y comparación de muestras. Para ello se valen de instrumentos como el grafómetro, que es una especie de regla de medición, lupas de aumento, microscopios, escáneres, diversos tipos de luz o cámaras digitales²⁸.

Tales instrumentos ciertamente pueden resultar de auxilio para realizar una medición o comparación, incluso pueden ayudarnos con la revisión de ciertas diferencias y similitudes entre grafismos, como las tintas del bolígrafo utilizado o el entrecruzamiento de trazos, el grosor del útil escritor, etc. A pesar de ello, ninguno es capaz de determinar la individualidad, cuyo análisis queda en manos del analista.

En general, se podría decir, que la prueba pericial grafotécnica tiene un cierto procedimiento que incluye la recopilación de las muestras²⁹ y el análisis de sus características, tanto macro como microscópicamente. Dentro del análisis, se describen características notorias de la escritura, tales como el tamaño, la inclinación y la forma de construcción de las letras y palabras, para luego comparar las características de un escrito o firma que se tiene por cuestionado respecto de uno o varios escritos o firmas considerados como no cuestionados. A partir de esto, se realiza una comparación para encontrar las similitudes y diferencias, y se concluye con la opinión del analista³⁰.

Esta comparación se realiza en base a ciertos elementos estructurales de una gráfica, esto es, los denominados trazos y gestos gráficos. A partir de esto, los procedi-

²⁷ Para un análisis detallado, véase Espino Bermell (2017, p. 58-61).

²⁸ Para una revisión de estos instrumentos, véase NRC (2009, p. 164).

²⁹ Esta recopilación puede realizarse de diferentes formas: la primera de ellas se produce mediante la toma de muestras directas manuscritas o firmas del individuo sobre quien se tiene la duda (o no) de la muestra. Para ello se suelen utilizar formatos en donde se requiere que el individuo suscriba varias veces la muestra que será posteriormente analizada y confrontada. En este punto se suele recomendar que las muestras sean voluntarias y se realicen libres de contaminación, como por ejemplo exhibírsele la muestra que será cotejada posteriormente. Un segundo procedimiento se produce cuando no existe la posibilidad de recolectar las muestras analizadas, por lo que se recurre a actos o documentos que contengan muestras parecidas, como contratos o escrituras, para que sean analizados. La cuestión fundamental es que las muestras sean espontáneas y coetáneas.

³⁰ Este procedimiento también se encuentra descrito en NRC (2011).

mientos generales exigen la observación, la descripción, la confrontación y el juicio de identidad.

Dentro de estos elementos estructurales suelen considerarse los trazos por las formas que representan en el soporte o documento sobre el que se escribe, y se los clasifica en rectos, curvos —que pueden ser cóncavos o convexos— y mixtos. De esta forma se puede analizar la angulosidad del trazo, la dimensión de la escritura o firma, la dirección, el tipo de enlaces que une uno o más trazos, la inclinación, la presión, la velocidad y el orden y la regularidad. Asimismo, pueden establecerse ciertos rasgos, como los puntos de partida y el final de cada trazo, los enlaces y la forma de estos³¹.

Ahora bien, lo anteriormente descrito corresponde únicamente a los rasgos formales de una escritura, por lo que, por sí solos —de acuerdo con la literatura consultada— no nos permitirían determinar la autoría de un determinado escrito o firma, sino solamente realizar una comparación para saber cuáles son los elementos similares y diferenciales de una muestra³². Sin embargo, para que un análisis sea completo también debe referirse a los rasgos del grafismo que lo individualizan, conforme se analiza a continuación.

Una de las bases teóricas de la grafotécnica consiste en que «[c]ada individuo posee una escritura que le es propia y se diferencia de los demás»³³, y es esta base la que permite sustentar la automatización de la escritura, entendida como un hábito espontáneo y natural del individuo que lo personaliza en la escritura. Esto, a su vez, también forma parte del sustento del denominado «gesto gráfico», que según se cree revelaría las características personales de cada escritor, tales como la velocidad, el ritmo de escritura y otros elementos formales presentes en el acto de escribir o firmar que es lo que le permite diferenciarse de otras (Orellana Wiarco y Orellana Trinidad, 2018, p. 87-90).

Estos gestos gráficos pueden ser evidentes, no evidentes e incluso «invisibles». Los evidentes se encuentran constituidos, entre otros, por los siguientes parámetros: configuración, ubicación, punto de arranque y final, características de los signos de puntuación y proporcionalidades. Los no evidentes o «idiotismos»³⁴ resultan ser ciertas formas propias de la escritura que el individuo no puede dejar de reproducir. Y los

³¹ Estos y muchos otros parámetros pueden consultarse en Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 55-103). Véase también Martín Sánchez (1997, p. 17-24); Espino Bermell (2017, p. 71-72).

³² De esta forma se habla de un análisis extrínseco y de otro intrínseco. El primero se refiere a las formas, es decir, al grosor, las medidas y el alcance; el segundo se refiere a ciertas peculiaridades que presenta un manuscrito o firma, como, por ejemplo, los puntos de rasgo de ataque inicial y final del manuscrito y las formaciones de los nexos entre los rasgos escriturales. Véase Espino Bermell (2017, p. 75-76).

³³ En el mismo sentido, se ha dicho «*the assumption that no two writers share the same combination of handwriting characteristics*» (Taylor *et al.*, 2020, p. 8). Aunque este mismo axioma se matiza posteriormente al señalarse que «ninguna firma es igual a otra». Véase Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 87); Martín Sánchez (1997, p. 17-18). Aunque enfocada en citas de estudios sobre la unicidad en la escritura a mano entre gemelos, véase en el mismo sentido Harrison *et al.* (2009).

³⁴ Véase Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 92).

«invisibles» lo constituyen otras particularidades, como la amplitud de los ángulos y curvas y los óvalos entre otras³⁵. Estas «otras particularidades» no se encuentran establecidas en la literatura consultada, dando a entender que su determinación quedará a criterio del analista.

Ahora bien, pueden existir, según la literatura consultada, variaciones en la escritura a causa de las cuales una persona cambie los rasgos que forman parte de la «esencia» de un individuo o que condicionan la escritura. Esas variaciones pueden tener una causa material, como las lesiones físicas; somática, como la edad, las enfermedades o el temperamento, o psicológica, como la neurosis y las depresiones (Orellana Wiarco y Orellana Trinidad, 2018, p. 99-103)³⁶.

Espino Bermell, por su parte, clasifica las causas en 1) generales o mediatas y 2) específicas o inmediatas. Dentro de las primeras se encuentran los «fenómenos históricos, sociológicos, raciales y culturales, concretando los patrones o modelos caligráficos» (Espino Bermell, 2017, p. 64-65). Las segundas, en cambio, pueden ser objetivas o subjetivas. Dentro de los factores condicionantes objetivos se deben tener en cuenta los de índole instrumental y ambiental, es decir, el tipo de esferográfico o útil escritor empleado o cómo se toma dicho instrumento, la colocación del soporte en donde se impregna el escrito o la superficie de apoyo. Los factores subjetivos, por su parte, se refieren a cuestiones anatómicas, fisiológicas y psicológicas. No existen, sin embargo, estudios que determinen cómo y en qué forma se producen tales afectaciones.

Adicionalmente, cuando se realiza un análisis comparativo entre escritos y firmas o rúbricas es necesario que las muestras tengan ciertas condiciones, como ser original, así como ser coetánea y homogénea³⁷ respecto de la muestra dubitada; la muestra no cuestionada, además, debe ser numerosa, extensa, genuina, espontánea y contar con información del autor de la grafía (Orellana Wiarco y Orellana Trinidad, 2018, p. 105-111).

Ciertamente, han existido algunos intentos para lograr esta correspondencia mediante la comprobación de puntos coincidentes³⁸. Sin embargo, la propuesta no ha prosperado dada la falta de información sobre los criterios necesarios respecto a cuántos puntos coincidentes se requiere para concluir una coincidencia y sobre cómo funciona el método o la técnica.

³⁵ Sobre esto último, véase Del Val Latierro (1963, p. 47-49).

³⁶ Véase también Martín Sánchez (1997, p. 25).

³⁷ Este criterio también se recoge en Espino Bermell (2018, p. 67).

³⁸ Guzmán (1999, p. 99) propone, por ejemplo, doce puntos de correspondencia positiva entre muestras: uniformidad, irregularidades, tamaño y proporción, alineación, espacios, grado de inclinación, presión en el ataque, tilde y puntos, palotes curvos, perpendiculares, lazos o bucles, formación de círculos y puntos de ataque inicial y final. Espino Bermell (2017, p. 71-72) recoge, por su parte, veintitrés características.

Y es que, como destaca Haack (2020, p. 335), las aserciones científicas serán verdaderas en razón de la «naturaleza de los fenómenos y eventos del mundo que describen». Para ello, los procedimientos que forman parte de un determinado método o técnica y que pretenden explicar fenómenos y eventos deben encontrarse al menos descritos y deben ser repetibles y reproducibles mediante una cadena de pasos o fases, pues a falta de estos sería imposible, por ejemplo, tratar de someter a prueba una teoría que carece de procedimientos bien determinados.

Si bien es cierto que la grafotécnica tiene ciertos procedimientos para la medición formal o externa de los grafismos, actualmente carecemos de información sobre una posible estandarización de los puntos de coincidencia o sobre si estos son suficientes para determinar la autoría de una firma o escrito.

Todo esto nos deja en una esfera de penumbra sobre qué nos dicen los datos acerca de la grafotécnica y sobre si estos permiten concluir que la técnica mide lo que pretende o cómo de bien mide los objetos del ámbito de su conocimiento. Todo lo anteriormente señalado debe ser minuciosamente analizado por el administrador de justicia cuando admita este tipo de prueba, pues —como veremos posteriormente— si bien es cierto que esta técnica nos podría aportar datos comparativos sobre determinadas características de los grafismos, no necesariamente nos permitirá llegar a conclusiones fundadas sobre su autoría.

4. REESCRIBIENDO LA HISTORIA SOBRE UNA «FE CIEGA»

Hasta aquí hemos logrado analizar las diferentes fuentes y corrientes teóricas que reseñan las características de la prueba grafotécnica. Sin embargo, como se trata de una técnica forense, es necesario saber qué nos indican los datos sobre la aplicación práctica de toda esta teoría o, mejor dicho, resulta necesario analizar qué datos empíricos tenemos para justificar que esta técnica sea realmente válida y fiable.

Uno de los principales problemas y retos que plantean ciertas técnicas forenses, entre ellas la prueba pericial grafotécnica, es la escasa información sobre cómo está funcionando de hecho el método que se presenta teóricamente. ¿Cuál es la información que tenemos acerca de la frecuencia con que, mediante la similitud de ciertas características, podemos decir que existe una coincidencia racional³⁹ para adjudicar la autoría de una determina muestra, sea esta manuscrita o firma?

Y es que, en ocasiones, estas técnicas forenses producen la sensación de que «el experto es el método» (Gascón, 2020, p. 243), es decir, que la conclusión de una

³⁹ Marina Gascón (2020, p. 244) denomina a esto «debilidad intrínseca del método» es decir, el desconocimiento de la frecuencia con que se presenta la similitud, de la probabilidad de que dos personas tomadas al azar presenten esa similitud, del rango de similitud que debe existir para concluir que existe una coincidencia y de las tasas de error.

comparación entre ciertas características de los escritos o firmas es resultado únicamente de la apreciación personal y subjetiva que tiene el analista. Si esto fuera así, las conclusiones no podrían ser intersubjetivamente controlables: como dependen de la apreciación y la valoración del analista y no se dispone de procedimientos estandarizados y de información sobre las probabilidades de similitud, sus rangos y tasas de error, las conclusiones que se emitan sobre unas mismas muestras podrán diferir en función de quién los evalúe⁴⁰.

El informe del NRC (2009, p. 184-184, 193 y ss.), es consistente con la necesidad de hacer estudios empíricos para comprobar si los métodos son válidos en sus fundamentos, pero no solo eso: también se ha recomendado estandarizar la terminología utilizada, desvincular los laboratorios forenses de los organismos que se encargan de hacer cumplir las leyes y certificar a los analistas o los programas de acreditación de los laboratorios.

Y, es que, efectivamente, como señala el informe del PCAST (2022, p. 297):

Ni la experiencia, ni el buen juicio, ni las buenas prácticas profesionales [...] pueden sustituir las pruebas genuinas con validez de los fundamentos y su fiabilidad. La frecuencia con la que un patrón o un conjunto de características particulares se observa en diferentes muestras, que es un elemento esencial para inferir las conclusiones, no es un asunto de «juicio». [...] La expresión de *confianza* utilizada por un analista, basada en su experiencia profesional, o las expresiones sobre un *consenso* entre analistas respecto a la precisión a la que llegan en su campo de trabajo, no pueden sustituir a las tasas de error estimadas a partir de estudios relevantes. Para los métodos forenses de comparación de características, el establecimiento de la validez de sus fundamentos a partir de evidencia empírica es una condición *sine qua non*. Nada puede sustituirla.

Esto, sin duda, es relevante para el presente estudio, pues siendo así nos encontraríamos frente a un método más subjetivo, es decir, que tiene una gran dependencia del analista, en contraste con métodos más objetivos que tienen más independencia del sujeto que lo realiza (Vázquez, 2022a, p. 276). El informe del PCAST (2022, p. 295) nos advierte del especial análisis y control que deben realizarse sobre los métodos subjetivos, precisamente dada su dependencia de los juicios humanos que pueden provocar errores, inconsistencias y sesgos cognitivos.

De acuerdo con este informe (p. 326), los sesgos cognitivos son «modos en los que las percepciones y juicios humanos pueden alterarse por factores distintos a los relevantes para la decisión que se ha de tomar en un momento dado» y que podrían resultar en una serie de muy variados tipos de sesgo que pueden acompañar al analista. Debe advertirse, claro está, que la subjetividad no solamente se encuentra en sus observaciones, sino «también en las decisiones que toma sobre qué observar»⁴¹.

⁴⁰ No sorprende por ello que en uno de los casos base de la prueba grafotécnica, el caso Dreyfus, algunos analistas a quienes se consideraba expertos emitieran informes contradictorios. A fin de cuentas, lo que inclinó la decisión para que se liberase al acusado fue la confesión del verdadero autor de las cartas.

⁴¹ Sobre los sesgos cognitivos, véase Vázquez (2022b, p. 74-88); Stoel *et al.* (2013).

La evidencia empírica aportada (Risinger, 2007, p. 477-595) nos permite establecer que la mayoría de los estudios realizados mide la fiabilidad del experto y no del método utilizado. Y esto tendría todo el sentido si, como dejan entrever algunos autores, en la prueba grafotécnica el «método es el analista»⁴².

Los estudios que a continuación se citan han sido elaborados con el propósito de establecer la fiabilidad del experto y no del método, siendo todos estos indicativos de la falta de análisis previo tanto de la validez como de la fiabilidad del método.

Un estudio (Risinger, 2007, p. 477-595) de 1975 realizado por Wolfgang Conrad entregó a cada uno de los participantes⁴³ un juego de diez firmas auténticas, seis cuestionadas, tres auténticas para su cotejo y tres falsificadas con simulaciones bastantes logradas para su análisis. El grupo de sujetos en estudio estaba compuesto por analistas considerados expertos, legos, legos con incentivos⁴⁴ y estudiantes.

Las muestras falsificadas eran aparentemente muy buenas, ya que los expertos las calificaron como genuinas en un 17% del total; los legos sin incentivos en un 21,7%; los legos con incentivos en un 12%, y los estudiantes en un 5,6%. En cambio, cuando identificaron como falsa una firma que en realidad era genuina, las tasas de error fueron las siguientes: en el caso de los estudiantes universitarios, un 11,1%; en el de los expertos, un 12%; en el de los individuos con incentivos, un 28%, y en el de los individuos sin incentivo, un 41,6% (Risinger, 2007, p. 481).

En otro estudio del que también da cuenta Risinger (p. 481-482), realizado en 1987 y conocido como el estudio Miller, doce estudiantes universitarios a tiempo parcial —de los cuales cuatro eran analistas calificados ante la Corte que trabajaban en agencias de la policía y ocho habían recibido capacitación, pero aún no habían testificado en juicios— recibieron materiales de personas reales consistentes en tres cheques con firmas falsificadas y ejemplos de un documento escrito por un sospechoso.

La tarea consistía en determinar si la persona que realizó el documento escrito era quien había firmado los cheques. Para ello se dividió a los participantes en dos grupos: al primer grupo, formado por dos examinadores acreditados ante las cortes y cuatro que aún no habían declarado, se le entregó documentación estándar usualmente utilizada para el análisis de este tipo de casos, así como dos ejemplares tomados del único sospechoso, y se les indicó que dos testigos habían visto al acusado escribir los cheques en cuestión; al segundo grupo, compuesto igual que al anterior,

⁴² Así, Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 127) indican, por ejemplo, que «el perito grafoscopista emite su opinión sobre la autenticidad o falsedad de la escritura o firma apoyado en el estudio comparativo y en su experiencia». Y Espino Bermell (2017, p. 75) señala también que «el criterio y conclusión del perito deben estar basados en la comparación, el juicio racional y su experiencia».

⁴³ Entre los participantes constaban veinticinco profesionales grafotécnicos, cien personas ordinarias o legos, veinticinco personas ordinarias o legos con incentivos de recompensa y buen desempeño y seis estudiantes universitarios que habían realizado un curso de psicología e identificación manuscrita.

⁴⁴ Un lego con incentivos es un no experto a quien se ofrece una recompensa por el buen desempeño de acuerdo con un esquema elaborado por los analistas del estudio. Esta forma de dar incentivos suscita, sin embargo, varias críticas. Véase, sobre el particular, Risinger (2007, p. 488).

se le entregaron únicamente ejemplares de otros dos sospechosos, sin información adicional.

Las conclusiones fueron las siguientes: respecto del primer grupo, cuatro examinadores, entre ellos un perito acreditado ante la Corte, concluyeron que el sospechoso escribió las firmas en los tres cheques, mientras que otro de los analistas calificados ante la Corte indicó que el examen no era concluyente. Finalmente, uno de ellos, no calificado ante la Corte, eliminó (correctamente) al sospechoso. En el segundo grupo, en cambio, todos los integrantes eliminaron correctamente a los sospechosos. El estudio revela el carácter altamente subjetivo de la pericia grafotécnica y su evidente vulnerabilidad a los sesgos de contexto, como la expectativa y la sugerencia.

En otro estudio, elaborado por Galbraith (Risinger, 2007, p. 485 y ss.), se entregó a treinta y tres participantes una copia de un documento escrito con contenido extorsivo. Adicionalmente, se proporcionaron muestras correspondientes a cuatro personas, entre las cuales constaba el autor del escrito, aunque por supuesto nunca se informó sobre quién de los sospechosos era. La tarea consistía en determinar si alguno de ellos habían realizado el escrito. Los resultados fueron los siguientes: el 52% —esto es, diecisiete personas— identificaron correctamente al verdadero escritor; el 3% —una persona— eliminó incorrectamente al verdadero escritor; y un 45%, —quince personas— indicaron que los resultados no eran concluyentes.

Entre los estudios realizados figura también el que llevó a cabo el Dr. Moshe Kam (Risinger, 2007, p. 486 y ss.), quien fue contratado a principios de la década de 1990 por el FBI para examinar la fiabilidad del analista de documentos. La investigación del Dr. Moshe dio lugar a una serie de investigaciones de las que se dio cuenta en cinco publicaciones. De ellas, la más interesante para el presente trabajo es la cuarta, cuyo fin era determinar la autenticidad de una firma y de la actuación comparativa de los analistas en relación con un grupo de no expertos.

Esta prueba consistía en la presentación de seis firmas genuinas etiquetadas de forma independiente en trozos de papel y escritas de forma normal. A los sujetos que estaban sometidos a prueba se les entregó al mismo tiempo un conjunto de firmas cuestionadas que contenían combinaciones generadas de las firmas auténticas y falsificaciones generadas por siete simuladores hábiles —y no expertos— que tomaron las muestras auténticas e intentaron copiarlas de diversas formas: a mano alzada, calcándolas por medio de la luz o utilizando proyectores. En total fueron sesenta y cuatro conjuntos de muestras cuestionadas sobre las cuales cada sujeto de prueba recibió un sorteo aleatorio. Cada conjunto cuestionado contenía firmas auténticas y falsificaciones.

La tarea consistía en determinar qué firmas del conjunto cuestionado eran genuinas. Los resultados, tanto en expertos como en no expertos, mostraron que una mayoría de las falsificaciones era genuina. Las falsificaciones fueron consideradas «no genuinas» en un 96% por parte de los expertos y en un 92% por parte de los no expertos; y fueron consideradas «genuinas» solo el 0,5% de las veces por los expertos y el 6,5% de las veces por los no expertos. La causa de esta divergencia se encuentra

en que los expertos estaban mucho más inclinados que los no expertos a señalar que una muestra no era concluyente.

Una de las críticas que suscitó este estudio tenía que ver precisamente con esa predisposición de los expertos, ya que les otorgaba una ventaja conceptual⁴⁵ sobre el resto de los participantes del estudio. Es decir, los expertos sabían de antemano que podían establecer terminológicamente que una muestra no era concluyente, mientras que los no expertos las denominaban «firmas genuinamente falsas». Y eso a pesar de que tanto los expertos como los no expertos cometieron bastantes errores de este tipo.

Esto también se debió, en parte, a que los no expertos estaban mucho menos inclinados a determinar que una muestra no era concluyente (un 7% de los expertos sobre un 4% de los no expertos). Finalmente, en cuanto a las aseveraciones de «no genuino», los expertos tenían una clara ventaja de un 85% frente a un 70% de los no expertos⁴⁶.

No obstante, como advierte Risinger, conviene ser cauteloso con estos resultados, que ofrecen poca o casi ninguna evidencia con respecto a la medición de las tasas de error. Y, es que, como indica el informe del NRC (2009, p. 167) sobre la prueba grafotécnica: «El comité no recibió información sobre estos métodos bastante especializados y no puede ofrecer una opinión sobre la solidez de estos métodos o de su ejecución en la práctica»⁴⁷. En tal sentido, mal podría indicarse con qué precisión se mide algo —lo que incluye posibles sesgos— sobre lo cual se desconoce si realmente mide lo que dice medir.

A mediados de 2010 se publicó un estudio respecto de las opiniones de los analistas de escritos sobre los procesos de producción de firmas encubiertas y simuladas (Bird *et al.*, 2010, p. 103-107). Se realizó durante cuatro años, entre 2002 y 2005, y los participantes fueron individuos que se declaraban expertos en rendir un testimonio de cotejo de escritos frente a un tribunal.

La dinámica consistió en que cada año se suministró⁴⁸ de forma aleatoria a diferentes expertos el mismo material, que consistía en muestras conocidas y cuestiona-

⁴⁵ De acuerdo con el informe del NRC (2009, p. 166). La terminología utilizada en la técnica grafotécnica presenta una serie de gradaciones u opiniones a efectos de identificar o excluir la autoría de una muestra. Dentro de esta escala se deben considerar nueve puntos: 1. Identificación; 2. Fuerte probabilidad de autoría; 3. Probable; 4. Indicios o indicadores a favor; 5. No concluyente; 6. Indicios o indicadores en contra; 7. Probabilidades de que no es autor; 8. Fuertes probabilidades de que no es autor; 9. Exclusión.

⁴⁶ Conclusiones similares pueden consultarse en Sita *et al.* (2002, p. 1-8), donde se indica que los expertos analistas son estadísticamente mejores que los no expertos al llamar a una «genuina firma simulada» un 3,4% frente a un 19,3% de los no expertos, así como un porcentaje significativo de muestras no concluyentes frente a los no expertos.

⁴⁷ La traducción es mía.

⁴⁸ Debe aclararse que la forma de suministro de las muestras no se produjo en un lugar determinado, sino que fueron meticulosamente escaneadas y remitidas en archivos PDF con las imágenes en un CD incluido. Adicionalmente se les remitía un folleto con las posibles respuestas.

das (entre las cuales figuraban firmas simuladas escritas por falsificadores y copiadas a mano con características similares a las del autor de la muestra). Los resultados de las muestras fueron analizados por pares y de forma individual. Este análisis permitiría estudiar si las altas tasas de respuesta «no concluyentes» sobre la autoría de escritos se debían a que los analistas no detectaron los indicadores del proceso de simulación o de disfraz de lo escrito o si, habiéndolos detectado, no estaban preparados para opinar si el responsable del proceso era el autor de las muestras u otra persona.

A los analistas se les indicó que las muestras cuestionadas contenían muestras genuinas, simuladas y que las mismas fueron coetáneas en su elaboración. Luego de hacer la comparativa, los analistas debían determinar si estas fueron escritas naturalmente, si eran simuladas o si la respuesta no era concluyente, y posteriormente debían concluir alguna de las siguientes opciones: 1) la muestra corresponde al autor; 2) existen indicios de que la muestra corresponde al autor; 3) no se puede expresar ninguna opinión sobre si existe correspondencia con la muestra no cuestionada; 4) existen indicios de que la muestra no fue suscrita, y 5) la muestra no fue suscrita por el autor de la muestra no cuestionada. A continuación, debían concluir que: *a)* existe evidencia de que la muestra cuestionada fue escrita de forma natural; *b)* existe evidencia de que la firma cuestionada fue escrita por simulación, o *c)* no existe evidencia para que puedan darse respuestas concluyentes. Es necesario tener en cuenta que en este estudio se ha puesto el énfasis en las muestras disfrazadas⁴⁹ y las simuladas⁵⁰, por lo que los resultados reflejan solo estos parámetros.

Uno de los principales errores que se observó fue que algunos analistas malinterpretaron una muestra disfrazada de una simulada como indicativo de un escritor diferente, fallando en detectar un proceso diferente respecto de una escritura auténtica (Bird *et al.*, 2010, p. 105), así también se determinó que los analistas detectan, en muchos casos, una escritura poco natural, pero no están dispuestos a opinar sobre su autoría.

Las conclusiones establecieron que existe un alto nivel de habilidad para detectar un proceso no natural de producción de firmas simuladas, pero que se da a su vez una alta tasa de determinación de muestras no concluyentes para la autoría de las firmas. Esto se debe a la dificultad que tienen los analistas para distinguir una muestra disfrazada de una simulada, pues si bien en muchos casos la escritura se determinó como no natural, en una gran parte se excluyó incorrectamente al autor genuino de las muestras (Bird *et al.*, 2010, p. 107).

Toda esta información nos permite establecer que, aunque un analista puede determinar ciertas variaciones para determinar las diferencias y similitudes entre las

⁴⁹ Se entiende por muestras disfrazadas las denominadas autofalsificaciones, es decir, aquel proceso en el que el autor de un manuscrito de forma deliberada busca alterar su muestra para evitar ser identificado (Bird *et al.*, 2010, p. 105).

⁵⁰ Se entiende por simulación aquel procedimiento en el que un individuo intenta imitar un manuscrito o firmas (Bird *et al.*, 2010, p. 105).

muestras —es decir, puede establecer que una muestra no presenta una continuidad formal natural—, existen problemas a la hora de adjudicar la autoría de una determinada muestra, a tal punto que la mayor parte de las decisiones son no concluyentes e incluso tendentes a descartar a los verdaderos autores de las muestras.

Dentro de la práctica ante los tribunales de justicia, principalmente en Estados Unidos, se ha observado también que, en casos posteriores a Daubert⁵¹, ha existido una creciente impugnación de las pruebas grafotécnicas.

Por ejemplo, en *United States v. Starzecpyzel* se concluyó que esta técnica «no puede considerarse conocimiento científico»⁵², aunque sí se admitió el testimonio como evidencia técnica no científica para la comparación de similitudes⁵³, pero con exclusión de la posibilidad de analizar la autoría o no de determinado escrito o firma, ya que carece de respaldo empírico⁵⁴.

La admisión de una prueba pericial que carece de validez podría resultar sumamente riesgosa⁵⁵, pues con ello aumentarían las probabilidades de un desacierto en la decisión. En ese sentido, es sumamente importante que quien decide sobre la admisibilidad no solamente realice un juicio probabilístico acerca de la función que esta prueba cumplirá en las hipótesis en discusión, sino que analice si la prueba pericial que se anuncia mide lo que dice medir y con qué precisión.

Por lo visto, existen una serie de problemas para la admisión de la prueba grafotécnica cuando esta tiene como fin determinar la autoría de una firma o escrito. Esto se debe no solamente a la falta de información sobre la validez del método, sino también a problemas teóricos. Entre ellos se encuentra el criterio de unicidad, es decir, la idea de automatización de la escritura que por las características que presenta, según lo antes consultado, permite individualizarnos. Es decir: «Cada individuo posee una escritura que le es propia y que se diferencia de la de los demás»⁵⁶.

⁵¹ Para una revisión completa del caso Daubert, véase Vázquez (2015, p. 91-137).

⁵² *United States v. Starzecpyzel*, 880 F. Supp. 1027 (S.D.N.Y. 1995); citado también en NRC (2011, p. 89).

⁵³ Los casos en que puede revisarse este tipo de admisión son los siguientes: *Unites States v. Prime*, 363 P.3d 1028, 1033 (9th Cir. 2004); *United States v. Crisp*, 324 F.3d 261, 265-71 (4th Cir. 2003); *United States v. Jolivet*, 224 F3d 902, 906 (8th Cir. 2000). Para consultar más decisiones similares, véase NRC (2011, 90, n. 216)

⁵⁴ *United States v. Hidalgo*, 229 F. Supp. 2d 961, 967 (D. Ariz. 2002). *United States v. Hines*, 55 F. Supp. 2d 62, 67 (D. Mass. 1999), en el que se dijo: «*Expert testimony concerning the general similarities and differences between a defendant's handwriting exemplar and a stick-up note was admissible but not the specific conclusion that the defendant was the author*».

⁵⁵ Esa es la razón de que algunas decisiones al respecto hayan aludido a la importancia, entre otros requisitos, de enfatizar el fundamento de la aceptación general en el área relevante si la prueba ha sido sometida a examen. Para más información pueden consultarse el caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* en Estados Unidos y el caso Mohan en Canadá.

⁵⁶ En el mismo sentido, se ha dicho «*the assumption that no two writers share de same combination of handwriting characteristics*» (Taylor et al., 2020, p. 8), si bien este mismo axioma queda matizado después por el siguiente: «Ninguna firma es igual a otra» (Orellana Wiarco y Orellana Trinidad, 2018,

De hecho, varios autores consultados señalan, por ejemplo, que el gesto gráfico «surge de la idiosincrasia o particularidad escritural de una determinada persona, única e irrepetible como una huella dactilar» (Espino Bermell, 2017, p. 73), o que «la escritura personal, única e irrepetible, es un acto espontáneo y complejo de carácter psicomotriz como proyección de la constitución física y psíquica individual» (Tutusaus y Viñals, 1995, p. 99).

La unicidad implica que «un vestigio o marca desconocida m , solo puede provenir de una fuente específica f_i » (Gascón, 2020, p. 247). El criterio de unicidad e individualidad que se utiliza en la base teórica de la prueba grafotécnica resulta discutible, ya que para poder concluir que la marca m es propia de una persona y se diferencia de la de los demás, resulta necesario establecer «todas las demás fuentes ($f_2 \dots f_n$) de las que podrían provenir esos rasgos» (p. 248). Es decir:

La determinación de la individualidad de la muestra requiere mediciones de los atributos del objeto, la recopilación en la frecuencia de variación de la población en estos atributos, las pruebas de independencia de esos atributos⁵⁷ y los cálculos sobre la probabilidad de que los diferentes objetos compartan un conjunto común de atributos observables (NRC, 2009, p. 44)⁵⁸.

Como advierte el informe PCAST, el error de muchas disciplinas que basan su método en la comparación de características se centran en el criterio de unicidad, es decir, que las características de una muestra, en este caso indubitada, pueden ser únicas (Edmond, 2020, p. 306). Sin embargo, esta base resulta ser infundada por carecer de información que precise «en qué medida y bajo qué circunstancia aplicando un método metrológico *los analistas* pueden *detectar* fiablemente diferencias significativas en las propiedades para identificar fiablemente si comparten un fin común» (PCAST, 2022, p. 360).

Como observamos, la prueba grafotécnica, al menos de la revisión realizada en este estudio, no brinda información ni sobre las frecuencias de variación de la población, ni sobre pruebas de independencia, ni de cálculos sobre la probabilidad en diferentes objetos. Desde un punto de vista empírico, no se conoce cuáles son los datos o los estudios realizados para poder determinar que en una cierta población existan características que permitan diferenciar por su escritura a una persona de otra e incluso en un mismo individuo cuáles son las características ordinarias de su escritura.

Esto se acentúa mucho más cuando consideramos que, a los efectos de realizar el análisis de la autoría de una firma o escrito, según la teoría antes analizada, deben considerarse ciertas circunstancias heterogéneas y coetáneas al momento de la suscripción del escrito o firma, lo que implica saber qué es lo que ocurría al momento

p. 87). Véase también Martín Sánchez, (1997, p. 17-18). Aunque enfocado en citas de estudios sobre la unicidad en la escritura a mano entre gemelos, véase en el mismo sentido Harrison *et al.* (2009).

⁵⁷ La prueba de independencia se aplica cuando se pretende comparar una variable entre poblaciones diferentes.

⁵⁸ La traducción es mía.

mismo de la suscripción del documento⁵⁹; pero no solo eso, sino que también es necesario conocer las condiciones externas que rodean la suscripción del documento tales como el instrumento con que se firmó o el lugar en que se suscribió el mismo u otro tipo de condiciones, como el estado de ánimo del individuo (depresión, ansiedad, etc.) o las condiciones ambientales (frío, calor, etc.).

Se ha descrito, por ejemplo, que la escritura ordinaria de un individuo puede tener variaciones que son relevantes para el estudio grafotécnico. Tales variaciones pueden ser, como se advirtió anteriormente, materiales, somáticas o psicológicas. Las variaciones materiales comprenden el tipo de papel, el esferográfico, la tinta, la posición de la escritura, la forma de escribir, las condiciones climáticas (frío, calor, luz, oscuridad); entre las variaciones somáticas encontramos la edad, las enfermedades, el alcoholismo, el temperamento, y entre las psicológicas, las neurosis y depresión entre otras.

La cuestión es que establecer cada uno de estos parámetros complica la labor grafotécnica tanto por los recursos que deben invertirse como por el tiempo de que se dispone, así como por la complicada empresa de establecer qué sucedió al momento mismo de la suscripción del documento.

Pero no solo esto, sino que existen una serie de factores que el analista debe considerar al momento de elaborar sus informes que ponen en graves aprietos y dejan en serias dudas las conclusiones que podría emitir. Por ejemplo, ¿cómo advertirá el analista cuál o cuáles fueron las circunstancias psicológicas en que se encontraba una persona al momento de suscribir un documento y si eso fue determinante al momento histórico o de toma de muestras de escribir sus rasgos?, ¿cuál es el tipo de incidencia que eso tiene al momento de suscribir un documento?

Y es que, empíricamente, carecemos de información sobre cómo y cuánto afecta, por ejemplo, el temperamento de una persona al escribir o si, comparadas varias veces la escritura de una persona depresiva, es posible apreciar diferencias o similitudes cuando se encuentra en un estado diferente. En fin, nada se nos dice sobre cómo pueden influir en la variación de los grafismos esos factores y qué características tienen. Parece, una vez más, que quedan a criterio del analista.

Ahora bien, como hemos podido observar, la pericia grafotécnica es una técnica observacional y comparativa en la que todos sus procedimientos hacen alusión a la medición de rasgos escriturales, poniendo mucho énfasis en que la apreciación y las conclusiones se reservan únicamente al analista.

Y es que, como señala el informe PCAST (2022, p. 360), la cuestión

no es si los objetos o las propiedades difieren; seguramente lo hacen si miramos con suficiente nivel de detalle. El tema es en qué medida y bajo qué circunstancias aplicando un método metrológico los *analistas* pueden detectar fiablemente diferencias significativas en las propiedades

⁵⁹ Lo que implica una investigación que puede ir más allá del tiempo razonable que busca el proceso judicial para resolver los conflictos.

para identificar fiablemente en las propiedades para identificar fiablemente si comparten un origen común.

Es decir, todos los procedimientos grafotécnicos anteriormente descritos nos permitirán, eventualmente, determinar que existen ciertas características que pueden o no ser compatibles entre una o varias muestras e indicar que el tamaño, el orden, las dimensiones, la dirección, la inclinación y, en definitiva, las formas de las muestras guardan o no cierta similitud. Pero no aportan datos sobre si estos procedimientos pueden o no adjudicar la autoría de un determinado escrito o firma⁶⁰, por lo que esta conclusión dependerá del análisis intrínseco que realice el experto y, para ello, todos los procedimientos ponen énfasis en que, además de la comparativa, el apoyo de las conclusiones se basa en la experiencia del analista⁶¹, cuyas aserciones debemos escrutar con mucha cautela⁶².

La fiabilidad, como nos enseña Carmen Vázquez (2022a, p. 275), informa de «cómo de hecho funciona un método» independiente de nuestras creencias, esto es así, pues como lo indica el informe PCAST (2022, p. 297) «ni la experiencia, ni el buen juicio, ni las buenas prácticas profesionales [...] pueden sustituir las pruebas genuinas sobre la validez de sus fundamentos y su fiabilidad».

Esto es cierto pues, para los efectos del presente estudio, importa la evidencia empírica de que se disponga sobre el funcionamiento del método, para lo cual necesitamos también contar con información sobre las tasas de error, conocer cuántos estudios empíricos (y, por supuesto, qué nos dicen estos estudios) se han realizado para determinar que comparando ciertas características de una determinada prueba podemos identificar a un autor de una firma o escritura.

Los estudios y la información que anteriormente hemos revisado nos permiten afirmar que la prueba pericial grafotécnica debe ser tratada con mucha cautela al momento de su admisión, ya que no existe información sobre su validez y, por tanto, puede ser una fuente de error para la determinación de la autoría.

⁶⁰ Véase, en el mismo sentido, *United States v. Rutherford*, 104 F. Supp. 2d 1190, 1193 (D. Neb. 2000).

⁶¹ Así, por ejemplo, Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 127) indican que «el perito grafoscopista emite su opinión sobre la autenticidad o falsedad de escritura o firma, apoyado en el estudio comparativo y en su experiencia». Del Val Latierro (1963, p. 9), por su parte, señala con claridad lo siguiente: «[E]l grafotécnico debe ser un artista; pero las cualidades de tal son un don divino y pueden estar en los individuos en mayor o menor grado. De ahí que la función interpretativa (Arte) dependería del grado de desarrollo de estas cualidades, si estas son deficientes o nulas, de poco le servirán al experto su conocimiento científico, por lo que su labor interpretativa o artística será deficiente o mala».

⁶² Así lo han destacado, entre otros, Gascón (2020, p. 244-250); Kassín *et al.* (2013, p. 42-52), y Edmond (2020, p. 336).

5. LA VALIDEZ Y LA FIABILIDAD: LOS RETOS DE LA PRUEBA GRAFOTÉCNICA

De todo lo anteriormente señalado hemos podido colegir que, aunque la prueba pericial grafotécnica sigue una metodología comparativa, no existe suficiente evidencia empírica que nos indique si es capaz de medir, con un cierto grado de probabilidad, la autoría de una determinada muestra respecto de otra u otras. Se destaca, asimismo, que muchas de sus conclusiones son principalmente subjetivas, es decir, que dependen del criterio del analista.

El informe PCAST (2022), en este sentido, anima a realizar un especial escrutinio de este tipo de métodos o técnicas que basan sus conclusiones en criterios subjetivos del analista, ya que él también está, como cualquier otro individuo, sujeto a errores, inconsistencias y sesgos cognitivos⁶³. Para averiguar si un determinado método o técnica funciona realmente a la hora de ofrecernos algún tipo de conocimiento sobre el mundo, es necesario determinar en primer lugar si «mide lo que pretende medir», es decir, si es válido. Solo así podrá analizarse posteriormente su grado de fiabilidad, que debe responder a la pregunta «cuán bien mide eso que efectivamente mide» (p. 278). Esto se debe a que la primera es una cuestión categórica, es decir, de todo o nada, mientras que la segunda es gradual (Vázquez, 2022a, p. 278; 2015, p. 102 y 136). Por ello, partiremos del análisis de la validez.

Según el informe PCAST (2022, p. 294), la validez de los fundamentos requiere que un método, sometido a estudios empíricos, sea «repetible, reproducible y preciso en los niveles que haya medido y que sean apropiados para la aplicación prevista». Los dos primeros requisitos conllevan la idea básica de que un determinado método o técnica pueda ser implementado, bajo las mismas condiciones y procedimientos, por otros analistas y cuyas conclusiones mantengan similares resultados, según la tasa de error que reporte el método o la técnica. No solo basta que los fundamentos demuestren que son repetibles y reproducibles, sino que es necesario demostrar empíricamente también cuántas veces el método o técnica, bajo similares circunstancias y procedimientos, alcanzó una conclusión correcta o incorrecta (p. 295); por lo tanto, resulta necesario conocer cuáles son sus tasas de error.

La validez de la aplicación requiere que este método se haya llevado a efecto en la práctica de manera fiable, es decir, que se hayan seguidos todos los procedimientos y fases que, según se haya demostrado previa y empíricamente, puedan llegar a una conclusión probable. Por tanto, la clave se traduce en la necesidad de contar con estudios empíricos, pues como indica el informe PCAST: «Las declaraciones que

⁶³ Este informe señala (p. 345) que los seres humanos nos centramos tendencialmente en las similitudes y en descartar diferencias y que podemos llegar a ser influidos por información no pertinente y por presiones externas..

afirmen o impliquen mayor certeza que la demostrada por la evidencia empírica son científicamente inválidas» (p. 296).

La validez de los fundamentos debe diferenciarse según si el método o técnica es esencialmente objetivo o tendencialmente subjetivo. La diferencia, entre uno y otro, como hemos señalado anteriormente, estribará en su dependencia de los juicios que realice el analista.

Según el PCAST (p. 295), los métodos que impliquen la subjetividad del analista deben evaluarse «como si fuera una “caja negra” para la mente del analista». Se entiende que un estudio de caja negra consiste en una evaluación empírica realizada por investigadores que analiza un método subjetivo mediante la entrega aleatoria de muestras a una serie de expertos quienes finalmente deberán emitir su opinión sobre el origen o las similitudes entre las muestras (p. 344), es decir, para precisar si las muestras corresponden a una misma fuente o no.

Estos estudios deben ser reiterados hasta alcanzar una muestra estadísticamente suficiente y deben llevarse a cabo mediante procedimientos que impliquen que los sujetos que realicen el análisis desconozcan la fuente de las muestras. Asimismo, el personal encargado de seleccionar las muestras debe ser diferente de los que valoran los resultados. Las muestras que se proporcionan para cada estudio deben ser variadas y al menos considerar algunos factores que, según la teoría, son condicionantes dentro de la escritura, como muestras de un mismo individuo que no sean coetáneas u homogéneas, muestras realizadas con diferentes tipos de instrumentales, variaciones de soportes y superficies y todas las circunstancias referidas a cuestiones anatómicas, fisiológicas y psicológicas.

Es indudable que aún existe mucho que investigar, pues todas las condiciones expuestas en las teorías parecen ser un poco complicadas de recrear en un estudio, ni se diga en el análisis casuístico que debe realizar el experto. Por tanto, estos estudios de validez y fiabilidad deben medirse en estudios que impliquen una evaluación en que «muchos analistas toman decisiones sobre una gran variedad de pruebas independientes (generalmente con muestras «dubitadas» y una o más muestras «indubitadas») y en los que se determinan tasas de error» (PCAST, 2022, p. 296).

Las pruebas empíricas deben medir cuántas veces el analista ofrece respuestas correctas; pero no solo: también deben informarnos las tasas de falsos positivos y la sensibilidad del método que sean relevantes para el caso (p. 296).

Pero es que no solamente se trata de un solo experimento del cual se pueda inferir una muestra, sino de varios que nos permitan coleccionar una muestra estadísticamente relevante. Y tampoco basta con esto: se necesita una serie de mecanismos de revisión que nos permitan, mediante metanálisis, saber si estos fueron adecuadamente realizados y, que, una vez replicados nos permitan llegar a conclusiones similares. La estadística, como destaca Gascón (2020, p. 259), es fundamental para este tipo de disciplinas y para la ciencia en general, puesto que nos permite conocer información

relevante sobre cómo es que, en realidad, funcionan ciertas técnicas y métodos forenses.

Todo esto implica conocer más sobre la base científica en la que se asientan ciertos procedimientos, técnicas o métodos utilizados por la ciencia forense, en especial la grafotécnica, y también resulta necesario dotarse de un método como tal. Pero no solo eso: implica que, tratándose de métodos y técnicas tendencialmente subjetivas, debe investigarse sobre los posibles sesgos cognitivos que puedan sufrir los analistas, tales como la confirmación, visión de túnel, entre otros.

Esto también implica poner la atención sobre los instrumentos que se utilizan dentro de los laboratorios en los que se producen estos procedimientos. La falta de todas estas estimaciones, basadas en los estudios antes señalados, podría llevar a que las conclusiones de cotejo sean perjudiciales para las decisiones que se tomen.

Ciertamente, nuestra cultura jurídica debe imbuirse de un profundo conocimiento acerca de las ideas que nos transmite un conocimiento basado en fundamentos empíricos. Tienen que buscarse, asimismo, procedimientos que maximicen la transparencia en la producción del conocimiento sobre cuyas bases se asientan (Mnookin *et al.*, 2011, p 19-21), en este caso, las ciencias forenses. Todo esto, claro está, desde una perspectiva crítica y epistemológica.

Eso por ello que debe contarse con el máximo de información posible. Así, se ha propuesto contar con información mínima sobre 1) el valor de la técnica, especialmente respecto de su validación independiente; 2) las limitaciones y margen de error de la técnica que se utiliza en el caso en análisis, y 3) la competencia del perito en el uso de tal técnica (Edmond, 2015, p. 83-86), así como sobre los estándares y protocolos de la técnica o disciplina para identificar posibles sesgos contextuales de los expertos; el lenguaje y forma de expresión apropiado para comunicar los resultados (Edmond, 2015, p. 86-90; Duce, 2020, p. 369).

Ahora bien, como hemos detallado anteriormente, el procedimiento de la técnica o método grafotécnico requiere, necesariamente, de una comparación metrológica entre una o varias muestras cuestionadas respecto de una o varias muestras no cuestionadas. Las premisas de las que parte este tipo de estudios se basan en el criterio de unicidad, pues se dice que «ninguna firma es igual a otra»⁶⁴ y que, por tanto, «se diferencia de los demás» debido a que la escritura se forma como un «hábito espontáneo y natural del individuo que lo personaliza y diferencia» (Orellana Wiarco y Orellana Trinidad, 2018, p. 87-90).

⁶⁴ En el mismo sentido, se ha dicho «*the assumption that no two writers share de same combination of handwriting characteristics*»; véase Taylor (2020, p. 8). Aunque este mismo axioma se matiza posteriormente al señalarse: «Ninguna firma es igual a otra». Véase Orellana Wiarco y Orellana Trinidad (2018, p. 87); Martín Sánchez (1997, p. 17-18). Aunque enfocada en citas de estudios sobre la unicidad en la escritura a mano entre gemelos, véase el mismo sentido Harrison *et al.* (2009).

El procedimiento, a *grosso modo*, consiste en recolectar las muestras que pueden ser tomadas de otros documentos que deben ser coetáneos y homogéneos o también pueden ser tomadas directamente del sospechoso o de su posible autor⁶⁵. Sobre esas muestras se realizan mediciones, tanto en el plano del documento como en sus formas, y se establecen, comparativamente, los espacios en donde constan coincidencias o divergencias. Descritas estas características, el trabajo del analista se centra en evaluar, a su criterio, ciertos rasgos intrínsecos que «devela esta individualidad» y que, finalmente, permitirán al analista determinar si existe o no una coincidencia⁶⁶.

Como hemos podido observar, la grafotécnica forma parte de los métodos subjetivos ya que sus conclusiones dependen casi en su totalidad del analista, a cuyo juicio quedan sometidos los estándares para determinar cuál es el grado de similitud o las características que presenta la muestra. Por tanto, se podría decir que las técnicas utilizadas por los analistas son ampliamente subjetivas, de tal forma que, el análisis comparativo entre una misma muestra puede tener, dependiendo del analista, conclusiones diferentes⁶⁷, sin que ello excluya tendencias de los analistas a converger en la identificación de determinados resultados, aunque esta no se oriente estadísticamente hacia resultados correctos.

Los estudios anteriormente citados y expuestos por Risinger solo nos muestran ciertas capacidades que tienen los expertos frente a los no expertos para la comparativa de determinadas muestras y, en razón de ello y de algunas inobservancias procedimentales, existen muchas críticas a los mismos, pero no nos dice nada sobre su método.

Sin embargo, ninguno de los estudios considerados anteriormente nos ofrece información sobre si el método o técnica mide lo que pretende medir. La escasa información no nos dice si, mediante el estudio comparativo y de la medición de las muestras cuestionadas de las no cuestionadas, se puede concluir que existen elementos suficientes para adjudicar o no la autoría de un determinado escrito.

⁶⁵ Por ejemplo, la SAP de Madrid, sección 17ª Penal, de 7 de febrero de 2018 (ROJ: SAP M 1543/2018) se remite a las instrucciones para la recolección de muestras determinadas por la Dirección General de Policía Nacional, en las que se indica lo siguiente: «Cuando se trate de obtener escritura indubitada para el cotejo, lo ideal es que proceda de escritos o firmas realizadas sin fines de comparación [...] ya que en estos casos la espontaneidad suele ser mayor [...] En su defecto [...] se practicará un cuerpo de escritura [...] en las mejores condiciones [...]». Entre estos cuerpos de escritura las recomendaciones realizadas es que estas no deben ser tipo muestra, es decir, no se deben practicar unas debajo de otras. No son útiles las de grandes dimensiones ni las realizadas con demasiada lentitud, y nunca se debe dar copia del texto materia del cotejo. Por otra parte, Orellana de Castro (2020, p. 159-160) también establece una serie de parámetros que deben seguirse en la toma de muestras. Destacan entre ellos los siguientes: realizarlo en una mesa lisa y firme, reproducir las mismas condiciones, efectuar la toma de muestras por dictado, no exhibir la muestra materia de cotejo, solicitar al sujeto que se invente firmas, un mínimo de cuatro hojas y combinación de palabras.

⁶⁶ En este punto, algunos autores son cautelosos al indicar que no se trata de un criterio categórico sino gradual. Con este propósito, véase Orellana de Castro (2020, p. 128); NRC (2009, p. 166).

⁶⁷ Las revisiones realizadas por Risinger (2007, p. 477-595) respaldan esta conclusión.

Lejos de ello, me parece que esta conclusión resulta ser un salto de fe ciego hacia el juicio subjetivo del analista. Da la sensación, en este sentido, que la grafotécnica tiene más de mística que de ciencia, pues solamente quien tenga las cualidades de un «don divino», como diría Del Val Latierro (1963, p. 9), será capaz de determinar la autoría o no de un escrito.

Esto es importante para la admisión de este tipo de pruebas, pues la experiencia comparada nos indica que esta prueba no puede ser admitida, salvo con fines comparativos, para efectos identificativos, dada la falta de información empírica sobre la posibilidad de formarse un juicio acerca de su calidad (Roberts, 2013, p. 176).

Sin embargo, la comparativa tampoco ofrece mayores razones a favor o en contra de las hipótesis en discusión y, por tanto, no podría considerarse relevante para el caso, siendo incluso insostenible formar inferencias sobre dicha comparativa para determinar la autoría de una muestra. En consecuencia, al no disponer de datos sobre la validez de la prueba grafotécnica esta debe ser inadmitida.

El estudio metroológico comparativo, en el cual se basa la prueba pericial grafotécnica, nos permite indicar que un grafismo no cuestionado tiene, en razón de su forma, cierta coincidencia o no con otro cuestionado. Sin embargo, según la información consultada, no nos dice si esto es suficiente para medir lo que pretende medir ni cuán bien mide lo que dice medir.

Lo cierto es que a falta de estudios empíricos que nos permitan determinar la frecuencia de que una o varias personas compartan o no ciertas características en su escritura, y de estándares de suficiencia que nos permitan indicar una suficiencia para determinar una coincidencia sobre la autoría de un escrito o firma, la prueba grafotécnica puede constituir un gran problema para las decisiones judiciales.

Finalmente, en este punto, me parece importante recalcar la necesidad que todos los miembros de la sociedad que buscamos decisiones más justas y racionales, principalmente académicos, investigadores, jueces, abogados y peritos, seamos escépticos y críticos con las pruebas que usualmente se utilizan en los tribunales y que incentive y promovamos, sea a través de políticas públicas o investigaciones, estudios que nos permitan tener un mejor conocimiento de cómo funcionan ciertas disciplinas y qué información obtenemos sobre su validez y fiabilidad, pues solo a través de esta investigación podremos incidir, disminuir y corregir los errores que se comenten tanto en las decisiones judiciales como en los métodos que se utilizan.

6. CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, la prueba grafotécnica fue concebida inicialmente como un procedimiento para determinar las manifestaciones de la personalidad de un individuo. Posteriormente se separa de la grafología con el propósito de deter-

minar, comparativamente, las similitudes y divergencias de ciertos rasgos en la escritura para determinar su autoría.

La idea base de la grafotécnica se asienta en que la escritura permite individualizar y, por tanto, diferenciar a las personas y se produce mediante un hábito que con el tiempo permite impregnar mediante la escritura características propias de una persona. Esta idea se sustenta en la automatización de la escritura, que implica la actividad tanto de funciones fisiológicas como psicológicas. También se ha advertido de serios cuestionamientos al criterio de unicidad que forma parte de su base teórica.

De igual forma se ha determinado que existen una serie de procedimientos que tienen un propósito común: la medición de muestras conocidas respecto de muestras cuestionadas. Sin embargo, para conocer el funcionamiento real de esta técnica es necesario determinar si miden lo que pretende medir y cuán bien miden lo que dicen medir.

De acuerdo con las investigaciones relevantes realizadas a la fecha, no existe evidencia empírica que nos permita concluir que, mediante un procedimiento comparativo y metrológico de muestras, se pueda determinar la autoría, con mayor o menor probabilidad, de una muestra cuestionada. Así pues, este método permite una comparación, pero no una identificación y para estos fines ha operado su admisión.

Finalmente, al carecer de estándares y protocolos empíricamente contrastados, la metodología deja un margen muy amplio a la interpretación del analista. Por tanto, debe ser meticulosamente analizado en el momento de valorar su admisión, así como también es necesario atender a los posibles sesgos que puedan cometerse. De tal forma que si una prueba grafotécnica ha sido anunciada para justificar la autoría de un escrito o firma, debe ser inadmitida, lo propio debe realizarse si tiene efectos comparativos al no ser relevante.

Por todo lo analizado, viene siendo necesario que la comunidad de expertos relevante realice investigaciones y estudios de caja negra que nos permitan dar más información sobre cómo funciona esta técnica, así como establecer procedimientos adecuados para determinar una metodología válida y fiable en este tipo de técnicas forenses.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel Lluçh, X., Picó i Junoy, J. (Dir.) (2009). *La prueba pericial*. JMB Bosch editor.
- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *REVUS Journal for Constitutional Theory and Philosophy fo Law*. <http://journals.openedition.org/revus/5559>
- Aguilera, E. (2020). Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. En J. Ferrer Beltrán y C. Vázquez (Eds.), *Del derecho al razonamiento probatorio*. Marcial Pons.
- Bird, C., Found, B., Ballantyne, K., Rogers, D. (2010). Forensic Handwriting Examiners' Opinions on the Process of Production of Disguised and Simulated Signatures. *Forensic Science International*, 195(1-3). <https://www.journals.elsevier.com/forensic-science-international>
- Del Val Latierro, F. (1963). *Grafocrítica. El documento, la escritura y su proyección forense*. Tecnos.

- Duce, M. (2020). Prácticas probatorias y riesgos de condenas erróneas: una visión empírica. En J. Ferrer beltrán y C. Vázquez (Eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*. Marcial Pons.
- Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de lo Penal, Juicio 96-GACastillo-2009, Quito 11 de febrero de 2010.
- Edmond, G. (2020). Cuando el derecho es poco fiable: respuestas jurídicas a la prueba de huellas dactilares latentes. En J. Ferrer beltrán y C. Vázquez (Eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*. Marcial Pons.
- Espino Bermell, C. (2017). *La prueba caligráfica desde la visión práctica del jurista y del perito*. Wolters Kluwer.
- Ferrer beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer beltrán, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Kassin, S., Dror, I., Kukucka, J. (2013). The Forensic Confirmation Bias: Problems, Perspectives, and Proposed Solutions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2(1).
- Galende Díaz, J. C. y Gómez Barajas, C. (2008). *En busca de la falsedad documental: la figura del perito calígrafo*. Universidad Complutense de Madrid. <https://www.ucm.es/data/cont/docs/446-2013-08-22-7%20busca.pdf>
- Gascón Abellán, M. (2020). Prevención y educación: el camino hacia una mejor ciencia forense en el sistema de justicia. En J. Ferrer beltrán y C. Vázquez (Eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones*. Marcial Pons.
- Guzmán, C. A. (1999). *El peritaje caligráfico*. La Rocca.
- Haack, S. (2009). Irreconcilable Differences? The Trouble Marriage of Science and Law. *Law and Contemporary Problems*, 72(1).
- Haack, S. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas Pragmáticas*. Marcial Pons.
- Harrison, D., Burkes, T. M., Seiger, D. P. (2009). *Handwriting Examination: Meeting the challenges of science and the law. Forensic Science Communications*. FBI. https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/oct2009/review/2009_10_review02.htm
- Ley de Enjuiciamiento Civil, ley 1/2000, de 7 de enero.
- Martín Ramos, R. (2010). *Documentoscopia. Método para el peritaje científico de documentos*. La Ley.
- Martín Sánchez, T. (1997). *Peritación caligráfica, tratado de investigación de las falsificaciones documentales* (2ª ed). Dykinson.
- Mnookin, J., Cole, S., Dror, I., Fisher, B., Houck, M., Inman, K., Haye, D., Koehler, J., Langenburg, G., Risinger, D. M., Rudin, N., Siegel, J., Stoney, D. (2011). The Need for a Research Culture in the Forensic Sciences. *The Pennsylvania State University Legal Studies Research Paper*, 5.
- Mora, J. L. (2015). Aporte científico de la neuroplasticidad a la pericial caligráfica. *Curso de Neurobiología y plasticidad neuronal*. Asociación Educar. https://www.academia.edu/14445052/El_Aporte_Cientifico_de_la_Neuroplasticidad_a_la_Pericia_Caligr%C3%A1fica
- NRC (2009). *Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward*. National Academies Press. <http://www.nap.edu/catalog/12589.html>
- NRC (2011). *Reference Manual on Scientific Evidence* (3rd ed.). National Academies Press. <https://nap.nationalacademies.org/read/13163/chapter/1>
- Orellana de Castro, J. F. y Orellana de Castro, R. (2013). El informe pericial caligráfico y su crítica en el proceso y en la vista. *Economist & Jurist*, 174.
- Orellana de Castro, R. (2020). *Aspectos conflictivos de la prueba pericial. Especial atención a la pericial caligráfica*. Wolters Kluwer.
- Orellana Wiarco, O. A. y Orellana Trinidad, O. A. (2018). *Grafoscopia. Autenticidad o falsedad de manuscritos y firmas* (2ª ed.). Porrúa.
- PCAST (2022). Informe al Presidente. Ciencia Forense en los tribunales penales: asegurando la validez científica de los métodos forenses basados en comparación de características. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3. DOI: 10.33115/udg_bib/qf.i3. 22743

- Risinger, D. M. (2007). Cases Involving the Reliability of Handwriting Identification Expertise Since the Decision in Daubert. *Tulsa Law Review*, 43(2). <https://www.researchgate.net/publication/228208598>
- Roberts, P. (2013). ¿Fue el bebé sacudido? Prueba, pericia y epistemología jurídica en el proceso penal inglés. En C. Vázquez (Ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- Salamea Carpio, D. (2018). *Grafología, perito y prueba pericial, pericia caligráfica, metaperitación judicial y testigo técnico*. Imprenta Santiago.
- SAP de Madrid: sección 17ª Penal- de 7 de febrero de 2018 (ROJ: SAP M 1543/2018)
- Simón, J. J. (2015). *La biblia de la grafología. El estudio más completo de los rasgos de la escritura y de la firma*. EDAF.
- Sita, J., Found, B., Rogers, D. (2002). Forensic Handwriting Examiners Expertise for Signature Comparison. *Journal of Forensic Science*, 47(5). https://www.researchgate.net/publication/11102953_Forensic_Handwriting_Examiners%27_Expertise_for_Signature_Comparison
- Stoel, R. D., Dror, I. E., Miller, L. S. (2013). Bias among forensic examiners: Still a need for procedural changes. *Australian Journal of Forensic Sciences*, 46(1).
- STS Sala 2 de 3 de junio de 2014
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons.
- Taylor, M. et al. (2020). *Forensic Handwriting Examination and Human Factors. Improving the Practice Through a Systems Approach*. NIST Interagency/Internal Report (NISTIR). <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2020/NIST.IR.8282.pdf>
- Tutusaus, J., y Viñals, F. (1995). *Manual de peritación e identificación de escrituras* (2ª ed.). Asociación Profesional de Peritos Calígrafos de Cataluña.
- United States v. Crisp, 324 F.3d 261, 265-71 (4th Cir. 2003);
- United States v. Hidalgo, 229 F. Supp. 2d 961, 967 (D. Ariz. 2002).
- United States v. Rutherford, 104 F. Supp. 2d 1190, 1193 (D. Neb. 2000).
- United States v. Starzecpyzel, 880 F. Supp. 1027 (S.D.N.Y. 1995)
- United States v. Jolivet, 224 F3d 902, 906 (8th Cir. 2000).
- Unites States v. Hines, 55 F. Supp. 2d 62, 67 (D. Mass. 1999)
- Unites States v. Prime, 363 P.3d 1028, 1033 (9th Circ. 2004);
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2019). *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. Zela.
- Vázquez, C. (2022a). Las comunidades expertas y los sesgos cognitivos. En Vázquez, C. (Coord.), *Manual de Prueba Pericial*. Suprema Corte de la Nación.
- Vázquez, C. (2022b). Presentación de la traducción al castellano del informe del PCAST sobre la ciencia forense en los tribunales penales. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 3.
- Vels, A. (1972). *Diccionario de la grafología y términos psicológicos afines*. CEDEL.

IURIS PRUDENTIA

IDENTIDAD DE GÉNERO, IDENTIFICACIÓN Y PRUEBA. ALGUNAS REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL CASO SUP-JDC-304/2018 Y ACUMULADOS*

Marianela Delgado Nieves

Investigadora, Departamento de Derecho Privado
Universitat de Girona

RESUMEN: La cuestión relativa a la identidad de género, en especial en aquellos casos en que difiere del sexo asignado al nacer, ha supuesto importantes debates en distintos campos. Uno de ellos es precisamente el del proceso judicial. Este texto tiene por objeto analizar el criterio adoptado por la Sala Superior del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación de limitar el objetivo de búsqueda de la verdad, en aras de proteger un conjunto de derechos fundamentales, cuando el objeto de la controversia gira en torno a la identidad de género de una persona. Al respecto, sostendré que no está justificado el sacrificio de tal objetivo, a menos a la luz de las consideraciones del tribunal. Asimismo, defenederé que, incluso admitiendo que lo está, dicho criterio enfrenta importantes problemas en materia de prueba que hacen dudar sobre la pertinencia de las reglas probatorias impuestas por el tribunal para ese tipo de casos.

PALABRAS CLAVE: identidad de género, reglas probatorias, objetivo de averiguación de la verdad, estereotipos de género.

PROVING GENDER IDENTITY. SOME REFLECTIONS ON THE CASE SUP-JDC-304/2018 AND OTHERS

* Trabajo realizado en con el apoyo del Proyecto PID2020-114765GB-I00, financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033

ABSTRACT: Gender identity, especially in cases where it differs from the sex assigned at birth, has led to important debates in different fields. One of them is precisely that of the judicial process. This text aims to analyze the criterion adopted by the Superior Chamber of the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary to limit the objective of seeking the truth to protect a set of fundamental rights in those cases in which gender identity is questioned. In this regard, I will maintain that the sacrifice of such an objective is not justified, unless in light of the court's considerations. Likewise, I will defend that, even admitting that it is, said criterion faces significant problems in terms of evidence that cast doubt on the relevance of the evidentiary rules imposed by the court for this type of dispute.

KEYWORDS: gender identity, truth, gender stereotypes.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PUNTO DE PARTIDA. LA DEFINICIÓN ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE SOMETER A PRUEBA LA IDENTIDAD DE GÉNERO: 2.1. Sobre las reglas probatorias impuestas por el órgano decisor: ¿está justificado el sacrificio de la averiguación de la verdad?: 2.1.1. Reglas relativas al momento de la conformación del conjunto de pruebas. 2.1.2. Una aparente regla de prueba tasada y su impacto en la adopción de la decisión sobre los hechos. 2.1.3. Recapitulación. 2.2. El alcance de las reglas probatorias adoptadas. Una forma disimulada de someter a prueba la identidad de género.—3. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La controversia que dio lugar a la sentencia que se pretende analizar versa sobre la cancelación del registro de diecisiete candidaturas a diferentes cargos de elección popular, a raíz del señalamiento de distintos colectivos de la diversidad sexual por un posible fraude a la ley, ante la sospecha de que diecisiete de las diecinueve personas registradas para contender en las elecciones como mujeres trans, simulaban identificarse con el género mujer con la única finalidad de cumplir con las reglas de paridad de género¹. La alegación era simple: según estos colectivos, se trataba de diecisiete candidatos hombres que, a efecto de evitar la cancelación de sus registros por haberse postulado para una concejalía por la que debía contender una mujer, optaron por identificarse como mujeres trans².

¹ El principio de paridad fue incorporado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la reforma constitucional publicada el 10 de febrero de 2014. Esta reforma derivó, a su vez, en nuevas leyes electorales que introdujeron la obligación de cumplir con la paridad a distintos niveles. Desde entonces, se han suscitado una multiplicidad de controversias judiciales que han dado lugar a diversos criterios relacionados con la forma en que se materializa este principio, más allá de lo que se previó en un inicio en la legislación federal.

² En línea con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la Opinión Consultiva 24 (2017, § 31 y 32), en lo consecutivo utilizaré el término «trans» para hacer referencia a las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo denominador común es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer y la identidad de género tradicionalmente asignada a este.

Los hechos del caso son los siguientes³. En el marco del proceso electoral ordinario 2017-2018, el Consejo General del Instituto Estatal Electoral y de Participación Ciudadana de Oaxaca, México, aprobó los lineamientos en materia de paridad de género que debían observar los partidos políticos, coaliciones, candidaturas comunes e independientes en el registro de sus candidaturas. De forma pionera, el Instituto dispuso que la postulación de personas transgénero, transexuales, intersexuales o muxes⁴, sería tomada en cuenta para el cumplimiento del principio de paridad, de acuerdo con el género al que la persona se autoadscribiera⁵.

De las diecisiete candidaturas que interesan, solo dos se solicitaron desde un inicio como candidaturas correspondientes al género mujer. Las quince restantes se solicitaron en un principio como pertenecientes al género hombre, sin embargo, una vez que la autoridad electoral requirió a los partidos políticos para que rectificaran sus postulaciones a efecto de dar cumplimiento a las reglas de paridad, los quince candidatos que inicialmente se habían registrado como hombres cambiaron su solicitud para ser registradas como mujeres trans. Dichas candidaturas fueron aprobadas por la autoridad electoral en esos términos, de modo que se contabilizaron, en su conjunto, como candidaturas de mujeres.

En contra del acuerdo de aprobación, distintos colectivos de la diversidad sexual promovieron procedimiento especial sancionador para pedir la cancelación de las diecisiete candidaturas respectivas, al considerar que se trataba de personas que habían «usurado la identidad trans» con el objeto de cometer un fraude a la ley⁶. El

³ Los hechos que se narran a continuación son los que constituyen los antecedentes de la sentencia que se analiza, relativa al expediente SUP-JDC-304/2018 y acumulados, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (§ 1-26, 49-62, 87-88, 102-119). En adelante, toda referencia a los fragmentos específicos de este fallo se hará especificando únicamente los párrafos de los que se extraiga información relevante.

⁴ Tal como se describe en la sentencia (§ 265), las personas muxes son indígenas zapotecas, originarias del estado de Oaxaca —específicamente de la región del Istmo de Tehuantepec—, a quienes al nacer les fue asignado el sexo hombre, pero que adoptan la vestimenta y los papeles tradicionales de las mujeres. Como tal, las muxes constituyen un tercer género. Algunas se identifican plenamente como mujeres y otras recurren ocasionalmente al atuendo femenino, en función de festividades especiales.

⁵ En México, la citada disposición constituye el primer antecedente en el que una autoridad electoral incorporó dentro del principio de paridad de género tanto a las mujeres y hombres cisgénero como a las personas que se identifican con alguna de las diferentes variantes de la identidad de género incluidas en el término «trans». Es cierto que con anterioridad se habían judicializado casos relativos al impacto de la falta de reconocimiento de la identidad en el ejercicio del derecho a votar y a ser electa, así como al cambio de nombre y rectificación de sexo en el acta de nacimiento (véase el SFD-JDC-263/2015, SG-JDC-270/2016 y el amparo directo 6/2008, resueltos por la Sala Regional Distrito Federal, la Sala Regional Guadalajara y el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respectivamente). Asimismo, para el momento en que se suscitó la controversia que interesa, el Instituto Nacional Electoral había emitido un protocolo para garantizar a las personas trans el ejercicio del voto en igualdad de condiciones y sin discriminación. No obstante, a pesar de que la cuestión relativa a la identidad de género había sido objeto de análisis, nunca antes se había planteado lo relativo al alcance del principio de paridad de género en los términos citados.

⁶ Las denunciantes sostuvieron que era razonable dudar de la supuesta autoidentificación, fundamentalmente por dos razones. Primero, porque existía evidencia de que las personas involucradas se ha-

procedimiento respectivo fue resuelto por la autoridad electoral local en el sentido de decretar la cancelación de las diecisiete candidaturas impugnadas, al concluir que la manifestación de autoadscripción rendida por los candidatos denunciados se encontraba desvirtuada, toda vez que, de las pruebas recabas y practicadas durante el procedimiento, quedaba acreditado que *a)* los involucrados se comportaban públicamente como hombres y *b)* la autoadscripción como mujeres trans se había dado con posterioridad al requerimiento de la autoridad electoral para que se cumpliera con las reglas de paridad de género. Estos hechos, a decir de la autoridad, actualizaban un aparente fraude a la ley que implicaba la cancelación definitiva de los registros controvertidos.

La determinación anterior y el propio acuerdo de aprobación de candidaturas constituyen los actos que dieron origen al expediente SUP-JDC-304/2018 y acumulados, cuya sentencia se analiza⁷. Este caso revela un especial interés no solo por lo novedoso del planteamiento que involucra, sino por la complejidad que conlleva, en especial, en materia de prueba.

La cuestión sujeta a debate, en lo que al aspecto probatorio se refiere, puede apreciarse al menos en dos niveles, dependientes uno del otro. El primer nivel, que funge como condición necesaria para un eventual segundo nivel de análisis, involucra la siguiente interrogante: ¿es admisible que la identidad de género sea objeto de prueba? De la respuesta que se dé a esta pregunta, depende la posibilidad de formular un conjunto de interrogantes adicionales. Si la identidad de género se considera un objeto de prueba prohibido, es decir, que no *debe* ser sujeta a prueba —que es distinto a que no *pueda* ser susceptible de prueba—, lo único que resta por reflexionar es si está justificado considerarla de esa manera. Sin embargo, si se admite la posibilidad de que se aporten pruebas al proceso, a efecto de acreditar o controvertir la identidad de género que una persona afirma tener, entonces surge la necesidad de reparar en una cuestión adicional, que correspondería a un segundo nivel de análisis.

En ese segundo nivel, la pregunta central es distinta. Una vez abierta la posibilidad de que la identidad de género sea objeto de prueba, surge la siguiente interrogante: ¿cómo se prueba? Esta pregunta tiene, a su vez, dos vertientes distintas. Por un

bían ostentado a lo largo de su vida de forma pública y notoria como hombres, pudiéndose corroborar que, incluso, había quienes en el periodo inmediato anterior habían ejercido un cargo público como hombres y ahora pretendían reelegirse como supuestas mujeres trans. Segundo, porque estaba acreditado que la presunta autoidentificación había sobrevenido únicamente a causa del requerimiento de la autoridad electoral local para que se diera cumplimiento a las reglas de paridad.

⁷ La determinación adoptada por el Instituto Electoral local en el procedimiento especial sancionador fue impugnada por siete de los diecisiete candidatos denunciados y tres de los partidos políticos que los postularon. Por su parte, el acuerdo de aprobación de candidaturas fue controvertido por dos mujeres indígenas, quienes argumentaron tener interés legítimo para combatir el acuerdo de referencia, dado que su pretensión última era la de maximizar los derechos político-electorales de las mujeres, a través del cumplimiento irrestricto al principio de paridad. Si bien hubo un conjunto adicional de impugnaciones, solo se reconoció la calidad de parte en el proceso a dichas personas e institutos políticos; los medios de impugnación restantes fueron sobreesidos.

lado, está la cuestión concerniente a si la identidad de género, al ser un hecho interno puede, en efecto, ser susceptible de prueba⁸. Por otro lado, el énfasis está en qué elementos objetivos serían relevantes para inferir la identidad de género experimentada por una persona, con un grado de certeza razonable.

La sentencia objeto de estudio se centró fundamentalmente en la primera de dichas cuestiones, aunque sus consideraciones impactan de cierta manera en algunos aspectos relacionados con las que corresponden al segundo nivel de análisis. Al respecto, los votos del tribunal fueron coincidentes en un punto en particular y discrepantes en otro⁹. El punto en el que ambos convergen es en considerar, primero, que resulta admisible que la identidad de género sea objeto de prueba y, segundo, que es susceptible de prueba, es decir, que existen determinados medios de prueba con los cuales se puede acreditar. En lo que fueron diametralmente opuestos, sin embargo, es en el alcance de tal determinación: mientras el voto mayoritario sostiene una posición altamente restrictiva respecto a la posibilidad de someter a prueba la identidad de género (impone una limitación probatoria que admite la incorporación de un único medio de prueba para ese efecto), el minoritario afirma que la sola manifestación de pertenencia a un género es insuficiente para acceder a una candidatura vía paridad de género y, por ende, deben allegarse al proceso otro tipo de medios de prueba.

Las consecuencias que trae consigo sostener una postura u otra, por supuesto son distintas y cada una presenta desafíos diferentes. En esta ocasión, me limitaré exclusivamente a aquellos que derivan de la decisión adoptada por el voto mayoritario. En primer lugar, analizaré los presupuestos de los que parte el órgano jurisdiccional para justificar la imposición de un conjunto de reglas que tienen por objeto limitar la actividad probatoria en distintos sentidos. En segundo lugar, me centraré en el alcance de dichas reglas e intentaré evaluar, por un lado, si la postura del voto mayoritario, tal como está planteada, admite un matiz como el que se introdujo al analizar el caso concreto y, por otro, cuáles son las posibles implicaciones que trae consigo la impo-

⁸ Afirmar que la identidad de género es un hecho interno puede ser discutible. Con independencia de ello, en adelante asumiré que es así, primero, porque la discusión acerca de este punto trasciende por mucho los objetivos de este texto y, segundo, porque esa noción va en línea con la adoptada en el marco de protección de los derechos de las personas de la diversidad sexual, que concibe la identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente (Corte IDH, Opinión Consultiva 24/2017, § 32, inciso h); Principios de Yogyakarta: 6, nota al pie 2; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, § 20; 2018, § 77). Una concepción que, además, es la que asume la Sala Superior en la sentencia que se analiza (§ 259). Para una discusión más a fondo sobre la identidad de género, véase Butler (2006, 2007); Cabrera (2004); Stryker (2017); Stryker y Whittle (2006).

⁹ La decisión del tribunal de revocar la determinación adoptada en el procedimiento especial sancionador, así como de modificar el acuerdo de aprobación de candidaturas y cancelar quince de las diecisiete candidaturas impugnadas, fue aprobada por unanimidad de votos en todos sus puntos resolutivos, salvo en el punto Quinto, respecto del cual y de cuyas consideraciones se pronunció en contra el magistrado Reyes Rodríguez Mondragón, quien emitió un voto particular, al que me referiré como «voto minoritario».

sición del tipo de requisitos establecidos para la manifestación de pertenencia a un género, así como las exigencias a cargo de las autoridades electorales que se enfrentan al tipo de casos como el que se estudia. Concluiré el texto con una breve reflexión sobre las cuestiones analizadas previamente.

2. EL PUNTO DE PARTIDA. LA DEFINICIÓN ACERCA DE LA ADMISIBILIDAD DE SOMETER A PRUEBA LA IDENTIDAD DE GÉNERO

Uno de los temas que guiaron de forma medular los agravios de quienes concuerrieron como partes al proceso, fue el relacionado con la legitimidad de la autoridad electoral local para solicitar pruebas o indagar acerca de la identidad de género de las personas, en particular, de aquellas que afirman tener una identidad que no se corresponde con el sexo que les fue asignado al nacer¹⁰. Al pronunciarse sobre este punto, el voto de la mayoría se inclinó por la tesis según la cual la manifestación de pertenencia a un género es suficiente para justificar la autoadscripción de una persona. En ese sentido, constituye el único medio para corroborar su identidad, de modo que el Estado no puede ni debe cuestionarla o solicitar prueba alguna al respecto (§ 282, 303, 315, 320, 324). El tribunal sustentó su postura en las siguientes consideraciones.

En primer lugar, sostuvo que, de conformidad con el marco internacional y constitucional de protección de los derechos de las personas de la diversidad sexual, la identidad sexo-genérica es una de las manifestaciones fundamentales de la libertad de

¹⁰ Sobre el particular, los partidos políticos y candidatos que comparecieron como actores alegaron fundamentalmente lo siguiente: *a*) resulta indebido exigir pruebas para acreditar la identidad de género, toda vez que, de acuerdo con los lineamientos de paridad, la manifestación ante la autoridad electoral era el único requisito establecido para ello; *b*) obligar a las personas a comprobar la veracidad de la referida manifestación constituye una carga discriminatoria, y *c*) la exigencia relativa a un modo específico de vestir o comportarse, así como de presentar ciertas características físicas, médicas o biológicas redundante en la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de excluir a quienes optan por reservar tal aspecto al ámbito de su vida privada (§ 130-135).

Desde una postura contraria, las dos mujeres indígenas que alegaron la actualización de un posible fraude al principio de paridad formularon, en esencia, los siguientes argumentos: 1) la identidad de género no solo se encuentra inmersa en el ámbito interno, sino también en el externo, en donde lo público representa un aspecto medular (el marco social constituye el punto de referencia a partir del cual las personas se identifican como hombre o mujer y, a su vez, es el espacio en el que cada persona afirma, para sí y para el resto, cómo se concibe internamente); 2) más allá de la supuesta autoidentificación, no se cuenta con ningún otro elemento objetivo que permita asociar a los candidatos denunciados con el género mujer; por el contrario, existe evidencia de que son personas que públicamente se ostentan como hombres y que, además, pretenden contender sin que se haga pública su supuesta identidad trans, y 3) la autoridad responsable falló en su obligación de hacer efectiva la participación plena de las mujeres, primero, por haber aprobado los registros sin que hubiese un solo dato objetivo de que los candidatos denunciados en efecto se identifican como mujeres trans y, segundo, por haber pasado por alto que la manifestación sobre su identidad de género resulta dudosa, dadas las condiciones en que se suscribió (§ 218-223).

conciencia, del derecho a la vida privada y del libre desarrollo de la personalidad, en consecuencia, el Estado está impedido para someter a prueba la identidad de género (§ 273-283). Aunque no se señala expresamente en la sentencia, lo que el tribunal parece inferir es que, el hecho de permitir que el Estado indague sobre la identidad de género, implicaría una limitación indebida a tales derechos.

Como segundo punto, el tribunal afirmó que, tal como ha sostenido la Corte IDH, el derecho a la identidad se encuentra en estrecha relación con la autonomía de la persona. Este derecho, a su parecer y haciéndose eco del criterio sustentado por el tribunal interamericano, veda toda actuación estatal que convierta a la persona en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad. Congruente con ello, concluyó que ninguna autoridad estatal puede exigir un comportamiento social específico, una apariencia física o un cuerpo determinados, un estilo de vida en particular, un estado civil concreto, una determinada orientación sexual, algún grado de reconocimiento comunitario o que la persona tenga o carezca de descendencia. Permitir lo contrario, destacó, implicaría un trato discriminatorio y equivaldría a considerar que existen criterios de corrección de la identidad que residen en factores externos a la persona. Aunado a ello, agregó que resultaría inviable pretender que existieran catálogos o criterios específicos que las autoridades pudieran tomar como parámetros objetivos e irrefutables de la identidad, dado que no todas las personas manifiestan su identidad sexo-genérica de la misma forma (§ 284-286, 335-337).

Robusteció lo anterior con un tercer argumento orientado a evidenciar que su postura es acorde con el criterio prevaleciente a nivel nacional e internacional, relativo a que la manifestación voluntaria es el único requisito que puede solicitar el Estado cuando una persona cuya identidad de género difiere del sexo que le fue asignado al nacer pide el cambio de nombre y sexo en sus documentos oficiales (§ 287-294).

Hasta aquí, el criterio de la mayoría parece ser tajante en cuanto a considerar que la manifestación de pertenencia, sin más, es capaz de acreditar la identidad de género de una persona. Sin embargo, al pronunciarse sobre el caso concreto, estableció que, si bien esta resulta suficiente para conceder el registro de la candidatura a favor del género de que se trata, dada la obligación del Estado de proteger la paridad de género en la postulación de candidaturas, es necesario que dicha manifestación se encuentre libre de vicios, es decir, que resulte «evidente» que cumple con los elementos de espontaneidad, certeza y libertad (§ 321-338).

Sobre esa base, dispuso que, en aquellos casos en que existen elementos «claros, unívocos e irrefutables» de que la manifestación se suscribió con la «finalidad de obtener un beneficio indebido, en perjuicio de los valores protegidos en el orden constitucional», el órgano electoral está obligado a analizar la situación concreta. Dicha facultad, apuntó el tribunal, debe desplegarse con ciertas limitaciones: la autoridad únicamente puede tomar en consideración los elementos con los que cuenta en el caso actual, sin que exista la posibilidad de imponer cargas a las personas interesadas

y mucho menos generar actos de molestia que pudiesen resultar discriminatorios para quien aspira a ser registrada a una candidatura (§ 328).

Sentado el marco de referencia, el órgano jurisdiccional analizó las pruebas que integraban el expediente y determinó que se encontraba acreditado que solo dos de los diecisiete candidatos denunciados habían solicitado desde un inicio ser registradas como mujeres¹¹. Los quince restantes, en cambio, en un principio pidieron su registro como hombres y, a raíz del requerimiento de la autoridad electoral local para que los partidos políticos dieran cumplimiento a las reglas de paridad, dichos candidatos modificaron su solicitud para ser registradas como mujeres trans. Aunado a ello, tuvo por probado que, entre los referidos candidatos, había quienes aspiraban a la reelección (§ 350-354).

A partir de los hechos que se tuvieron por probados, el tribunal infirió que era viable suponer la intención de los partidos políticos de utilizar indebidamente la autoadscripción para evitar cumplir con las reglas de paridad (§ 352-359). En esencia, determinó que resultaba evidente que los partidos involucrados habían presentado «supuestas autoadscripciones de candidatos registrados inicialmente como hombres» con la sola pretensión de impedir que dichos candidatos fuesen sustituidos por mujeres (§ 353). A su vez, consideró que las circunstancias en las que había sobrevenido la modificación de las solicitudes de registro implicaban que existiera una duda razonable sobre la «autenticidad» de la manifestación y sobre la finalidad perseguida con esta (§ 358). Congruente con ello, el tribunal ordenó la cancelación de las quince candidaturas respectivas y confirmó el registro de las dos restantes.

Hay distintos aspectos de la determinación anterior que suscitan interés. Lo primero que salta a la vista y que considero destacable, es el esfuerzo del tribunal por sentar un criterio cuya finalidad primigenia —o así parece— fuese evitar cualquier acto de discriminación en contra de las personas de la diversidad sexual que buscan ejercer sus derechos de participación política. Un criterio que, al mismo tiempo, intentó armonizar con la obligación de las autoridades electorales de velar por la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres, la paridad de género en la postulación de candidaturas y los principios de certeza y autenticidad que rigen las elecciones. No obstante, aunque resulta destacable la intención de buscar una solución capaz de abarcar ambos aspectos, lo cierto es que la decisión de mantener las restricciones en torno a la posibilidad de someter a prueba la identidad de género y, a su vez, intentar atender las circunstancias del caso (donde lo que se pone en duda es precisamente la

¹¹ El tribunal tomó en consideración las constancias siguientes: 1) la publicación de los lineamientos de paridad de género aprobados por el Instituto Electoral local; 2) las solicitudes de registro presentadas inicialmente por los partidos políticos, en las que consta que quince de los diecisiete candidatos denunciados habían pedido ser registrados como hombres; 3) la notificación de las prevenciones hechas por la autoridad electoral local a los partidos políticos para que ajustaran sus candidaturas, a efecto de dar cumplimiento a las reglas de paridad de género; 4) las modificaciones hechas por los partidos políticos, dentro de las cuales constan los escritos de los quince candidatos referidos, donde manifiestan identificarse como mujeres trans, y 5) el acuerdo de aprobación del registro de candidaturas (§ 340-450).

identidad de género de ciertas personas), parece ser la razón por la que se introducen los puntos más problemáticos de la sentencia.

Son esencialmente tres las cuestiones que se pueden debatir al respecto. La primera versa sobre los presupuestos de los que parte el órgano jurisdiccional para justificar la imposición de las reglas probatorias adoptadas. Lo que interesa analizar, en particular, es si las consideraciones del tribunal resultan suficientes para ese efecto. La segunda, en cambio, tiene que ver con el alcance de dichas reglas. El punto central será evaluar si la postura del voto mayoritario, tal como está planteada, admite un matiz como el que se introdujo al analizar el caso concreto. Por último, la tercera se enfoca en reflexionar acerca de las posibles implicaciones que trae consigo, en materia de prueba, la imposición del tipo de requisitos establecidos para la manifestación de pertenencia a un género, así como las exigencias a cargo de las autoridades electorales que se enfrentan al tipo de casos como el que se estudia. Las dos últimas cuestiones las analizaré de forma conjunta en el último apartado.

2.1. Sobre las reglas probatorias impuestas por el órgano decisor: ¿está justificado el sacrificio de la averiguación de la verdad?

Si nos detenemos un momento a considerar cuál es el tema que está detrás del criterio adoptado por el voto mayoritario, es posible advertir que estamos ante uno de los debates de más larga data en el ámbito del razonamiento probatorio, la filosofía y la epistemología jurídica. Basta con recoger los argumentos en que se basó el tribunal para proscribir la posibilidad de indagar en el proceso sobre la identidad de género de una persona (más allá de la sola manifestación), para identificar que lo que subyace a su postura es la decisión de priorizar un conjunto de valores de raigambre constitucional y convencional sobre la averiguación de la verdad.

Mucho se ha discutido sobre el papel de la verdad en el proceso judicial, sobre la relación que guarda con la prueba, así como sobre la interacción que tiene con otros valores y finalidades del proceso. Mi intención, sin embargo, no es abarcar todos esos temas, sino centrarme en un aspecto muy puntual de ese amplio debate: lo relacionado con el carácter reglado de la actividad probatoria y las consecuencias que suponen ciertas reglas probatorias para la consecución de la búsqueda de la verdad. Para ello, partiré de ciertos presupuestos sobre los puntos más generales enunciados en un principio.

Tomaré como base tres tesis que emergen de la concepción racionalista de la prueba¹². En primer lugar, asumiré que la averiguación de la verdad constituye una

¹² Para una aproximación a las tesis que constiuyen el núcleo de esta concepción y se comparten en el contexto angloamericano y continental, véase Accatino (2019). Para una reconstrucción en el ámbito anglosajón, véase Anderson *et al.* (2015, cap. 3).

de las finalidades del proceso judicial¹³. Al respecto, me sumaré a la postura según la cual el concepto de verdad que mejor se adapta al contexto procesal es el de la verdad entendida como correspondencia¹⁴.

¹³ Lo relativo al papel de la verdad en el proceso judicial es una discusión que sigue abierta (para una exposición exhaustiva de las distintas posturas, véase Ferrer Beltrán [2005; 2007]; Taruffo [2002b]). Tal como apunta Dei Vecchi (2020, p. 25-29), quienes defienden explícitamente la tesis según la cual el proceso judicial tiene como finalidad la averiguación de la verdad, suelen apelar a consideraciones de carácter normativo de distinto tipo. Por un lado, señala, están quienes se basan en intuiciones morales de carácter más general. La idea que subyace a esta postura es que el derecho devendría en un sistema moralmente reprochable si se admitiera la posibilidad de imponer una sanción o consecuencia jurídica a una persona sin que se hubiese corroborado o habiendo desatendido por completo si efectivamente llevó a cabo la acción por la que se le sanciona (para un argumento en esta línea, véase Ferrajoli (1995, p. 36-38, 42-44, 67-69). Por otro lado, destaca dicho autor, están quienes apelan, ya no a consideraciones normativas de carácter moral, sino de carácter prudencial. Desde esta óptica, prescindir de garantizar que las premisas fácticas de las decisiones judiciales sean en la medida de lo posible verdaderas, implicaría que el proceso se tornase inadecuado para cumplir con su función más básica: guiar la conducta de las personas. El argumento central es que las normas que prevén la imposición de una sanción ante la ejecución de una acción de cierto tipo solo tendrán eficacia motivacional (solo serán consideradas por las personas como una razón prudencial para abstenerse de ejecutar la acción de que se trata), si 1) la aplicación de la sanción en cada caso es consecuencia, cuando menos probable, de que la acción efectivamente se llevó a cabo y 2) las personas creen que la eventual imposición de una sanción se debe a que quedó probado que se ejecutó la acción específica (en ese sentido, véase Ferrer Beltrán [2005; 2007; 2011]; Dei Vecchi [2020, p. 15-29]).

En contraposición a lo anterior, pueden identificarse dos corrientes principales. En primer lugar, están quienes niegan que la verdad tenga alguna relevancia en el proceso judicial, ya sea porque consideran que no es posible alcanzarla (en términos generales o concretamente en el proceso, por razones prácticas) o porque asumen que el proceso no debe encauzarse a ese fin por no ser un valor importante. Taruffo (2002b, p. 27-48) denomina las tesis del primer tipo tesis acerca de «la imposibilidad teórica» y «la imposibilidad práctica» y las del segundo tipo tesis sobre «la imposibilidad ideológica». En segundo lugar, están quienes más allá de negar que la verdad juegue algún papel en el proceso judicial, simplemente la consideran irrelevante, es decir, no se preguntan en absoluto si el proceso puede o debe estar orientado hacia la búsqueda de la verdad (Taruffo, 2002b, p. 48-56).

¹⁴ Para una defensa sobre la pertinencia de la concepción correspondentista de la verdad en el contexto procesal, véase Gascón (2010, p. 50-67); Taruffo (2002a, p. 39-41); Tuzet (2021, p. 75-96). De acuerdo con esta concepción, siguiendo a González Lagier (2022b, p. 20), decir que un enunciado o una afirmación es verdadera, quiere decir que aquello que tal afirmación describe ha ocurrido en la realidad. De ahí que, en estricto sentido, la verdad sea una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje (entre un enunciado o proposición acerca de un hecho) y el mundo (la realidad o el hecho en sí).

Esta distinción entre hecho y enunciado fáctico lleva implícita una asunción adicional: aquello que se prueba en el proceso judicial no son hechos, sino enunciados o proposiciones sobre los hechos (Andrés Ibáñez [1998, p. 398]; Dei Vecchi [2020, p. 50]; Ferrer Beltrán [2005, p. 49]; Gascón [2010, p. 49-50, 69, 76-77]; Taruffo [2002b, p. 117-119]). Las proposiciones, en palabras de Dei Vecchi (2020, p. 50), «son las genuinas portadoras del valor de verdad. Una proposición es verdadera siempre que las cosas a que refiere sean o hayan sido tal como se asevera que fueron y es falsa en caso contrario». Por consiguiente, sostiene, solo pueden probarse las proposiciones, puesto que solo estas son susceptibles de verdad o falsedad.

En efecto, predicar la verdad o falsedad de un hecho carece de sentido: los hechos no son ni verdaderos ni falsos, los hechos simplemente suceden o no suceden (son o no son). Lo que es verdadero o falso

En segundo lugar, daré por sentado que el objetivo fundamental de la actividad probatoria es la averiguación de la verdad acerca de los enunciados fácticos del caso¹⁵. Entre las repercusiones que tiene asumir esta premisa hay una que revela especial interés: admitir que la actividad probatoria está orientada a ese fin abre la posibilidad de evaluar la racionalidad instrumental de las diferentes reglas probatorias previstas por un ordenamiento jurídico (Ferrer Beltrán, 2007, p. 67) o, como en el caso, impuestas por vía jurisprudencial.

Por último, partiré de la base de que, aun cuando la averiguación de la verdad es el objetivo fundamental de la actividad probatoria en el proceso judicial, este no constituye el único objetivo. En el proceso interactúan distintos valores y finalidades que comparten protección jurídica con el objetivo de búsqueda de la verdad; valores que en ciertos casos son considerados jurídicamente relevantes hasta el punto de implicar el sacrificio de este último, aunque sea de forma parcial (Damaška, 1997, p. 12). Con todo, debe tenerse presente, como apunta Dei Vecchi (2020, p. 66-67), que ni el valor de la verdad ni ningún otro poseen un peso definido, claro e inamovible que especifique cuáles son los límites de cada uno de ellos: la medida en que se honren dichos valores en un ordenamiento jurídico determinado, sostiene, será resultado de cómo se ponderen cuando exista un conflicto entre ellos y cómo se considere que es adecuado actuar en esos casos o clases de casos¹⁶.

Delimitado el marco anterior, conviene ahora centrarnos en lo relativo a las reglas probatorias. Una de las particularidades que distingue la actividad probatoria que se lleva a cabo en el proceso judicial de la que se realiza en otros ámbitos del conocimiento es precisamente la multiplicidad y variedad de reglas que regulan su desarrollo¹⁷. A diferencia de la actividad probatoria general, que está sujeta única-

son los enunciados acerca de los hechos (las proposiciones). De ahí que los hechos tengan una existencia independiente de los enunciados que pretenden describirlos: «los enunciados fácticos proporcionan información sobre los hechos, no los constituyen» (Gascón, 2010, p. 60).

¹⁵ Para una reconstrucción sobre la discusión acerca de la relación entre prueba y verdad, véase Ferrer Beltrán (2005, cap. II).

¹⁶ A este respecto, Ferrer Beltrán parece sostener una posición más fuerte, por lo menos en lo que al momento de la valoración de la prueba se refiere. De acuerdo con su postura, en ese momento de la actividad probatoria —a diferencia de los dos restantes— reina sin competencia el valor de búsqueda de la verdad (2007, p. 47). Su argumento central es que las especificidades jurídicas, producto de las reglas jurídicas sobre la prueba, «se producen en el primer y, en menor medida, en el tercer momento. El segundo, en cambio, si opera el principio de la libre valoración de la prueba, carece por definición de especificidades jurídicas. Por ello, al momento de la valoración de la prueba le serán de aplicación sin más las teorías generales sobre la prueba urdidas en la epistemología general» (p. 67-68).

¹⁷ Esta cuestión no ha sido menor en las discusiones sobre la prueba en el contexto jurídico. Lo relacionado con el carácter reglado de la actividad probatoria constituye uno de los argumentos principales a partir de los cuales se ha cuestionado la pertinencia de estudiar la prueba jurídica a través de la noción general de prueba, propia de la epistemología general. De acuerdo con Taruffo (2002b, p. 343-346), es posible advertir dos grandes concepciones al respecto. La concepción que él denomina «cerrada» defiende la idea de que la prueba jurídica, por su especificidad, constituye un fenómeno peculiar y típico que carece de correspondencia y analogía con las nociones que se pueden encontrar en otros

mente a imperativos epistemológicos, la actividad probatoria jurídica está sometida a un conjunto de reglas distintas —adicionales a las de la epistemología general—, que varían dependiendo del objeto al que van dirigidas¹⁸.

Siguiendo la categorización propuesta por Ferrer Beltrán (2007, p. 35-36), es posible distinguir, fundamentalmente, tres tipos de reglas sobre la prueba: reglas sobre la actividad probatoria, reglas sobre los medios de prueba y reglas sobre el resultado probatorio. Todas ellas, afirma, inciden de manera distinta en las posibilidades de determinar los hechos probados de forma coincidente con la verdad. Así, habrá reglas que tengan el efecto de garantizar de mejor manera el conocimiento de la verdad y otras que, por el contrario, tiendan a entorpecer ese fin o a producir un menoscabo en la calidad del conocimiento alcanzado (Gascón [2010, p. 113-114] denomina a las primeras «reglas de naturaleza epistemológica» y a las segundas «reglas de naturaleza contra-epistemológica»).

Para evaluar el grado en el que una regla probatoria incide en la averiguación de la verdad y, a su vez, estar en condiciones de calificar su naturaleza epistemológica o contra-epistemológica, es importante individualizar la regla de que se trata atendiendo al objeto al que va dirigida, así como al momento de la actividad probatoria en el que cobra relevancia. Precisar esos aspectos resulta significativo si se toma en consideración, como destaca Ferrer Beltrán (2007, p. 68), que las exigencias de racionalidad —que es en última instancia lo que se pretende evaluar— difieren en cada momento de la actividad probatoria.

La regla probatoria que interesa en esta ocasión, es decir, aquella que fue fijada por el voto mayoritario en la sentencia que se analiza, se puede sintetizar de la siguiente manera: «La manifestación de pertenencia a un género es suficiente para justificar la autoadscripción de una persona, siempre que sea cierta, libre y espontánea. En ese sentido, constituye el único medio para corroborar su identidad, de modo que el Estado no puede ni debe cuestionarla o solicitar prueba alguna al respecto». Esta regla puede descomponerse para su análisis en tres reglas independientes¹⁹:

sectores de la experiencia. Esto conduce a afirmar que todo concepto relativo a la prueba jurídica debe permanecer rígidamente dentro del contexto jurídico-procesal, excluyendo la utilización de nociones o modelos de análisis provenientes de otros campos. En contraposición, la concepción «abierta» parte de la base de que, dado que la prueba en sentido general y también en sentido jurídico es todo aquello que resulta útil para la determinación de un hecho, es posible y adecuado emplear nociones, conceptos y modelos de análisis provenientes de otros sectores de la experiencia como la ciencia, aquellos que derivan del sentido común o aquellos relativos a la racionalidad general. Sobre esa base, se sostiene que la definición de la prueba y de los conceptos correlacionados se sitúa más bien en una perspectiva epistemológica que en una dimensión exclusivamente jurídica. Sobre esta discusión, véase también Ferrer Beltrán (2007, p. 23 ss.); Twining (1990).

¹⁸ Esta afirmación presupone, por supuesto, que asumo que la prueba jurídica, a pesar de sus especificidades, puede analizarse desde una perspectiva epistemológica.

¹⁹ Es cierto que también se le podría considerar una regla, digamos, «compuesta», pero para mayor claridad optaré por fragmentarla. Lo que no debe perderse de vista es que todas resultan complementarias entre sí. Asimismo, es importante notar que, en términos generales, dicha regla podría ser cali-

1) El único medio de prueba para acreditar la identidad de género que una persona afirma tener es la manifestación de pertenencia al género de que se trata.

2) Prohibido cuestionar o solicitar prueba alguna sobre la identidad de género que una persona afirma tener, más allá de la manifestación que realice sobre el género con el cual se identifica.

3) La manifestación de pertenencia a un género es suficiente para tener por acreditada la identidad de género que una persona afirma tener, siempre que sea cierta, libre y espontánea.

Como es evidente, las reglas anteriores van encausadas cada una a objetos distintos. Sin embargo, dado que las dos primeras cobran relevancia en un mismo momento de la actividad probatoria y la tercera, en cambio, en un momento distinto, agruparé el análisis de las primeras y dejaré la tercera para un subapartado independiente.

2.1.1. *Reglas relativas al momento de la conformación del conjunto de pruebas*

Si seguimos el marco descrito en párrafos precedentes, la primera de las reglas anteriores puede clasificarse como una disposición que tiene por objeto regular una cuestión concerniente a un medio de prueba²⁰. Como tal, esta regla establece una limitación probatoria que incide fundamentalmente en el juicio sobre la admisibi-

ficada como una presunción de carácter absoluto. Es posible entenderla de esta manera, si se toma en consideración que, de acuerdo con lo que dispone, el objeto de prueba (la identidad de género que una persona afirma tener) debe considerarse totalmente probado (presunción), a partir de la manifestación de la persona en cuestión (hecho base), siempre que esta sea libre, cierta y espontánea (calificación del hecho base). Acreditar lo anterior, zanja por completo cualquier debate ulterior, pues, en línea con lo que establece, está prohibido cuestionar o solicitar prueba alguna sobre la identidad de género, más allá de la manifestación de pertenencia. Agradezco a Diego Dei Vecchi por la discusión a propósito de este punto, sobre el cual ahondaré un poco más en el apartado final.

²⁰ En adelante utilizaré ciertas distinciones que vale la pena precisar desde ahora. Tomaré como base la propuesta delineada por Dei Vecchi (2020, p. 50-52) de utilizar con un sentido específico las expresiones «medio de prueba», «elemento de prueba» o «indicio» y «objeto de prueba». Así, entenderé por medio de prueba la técnica por medio de la cual se introducen ciertos datos al proceso (por ejemplo, una prueba documental, una pericial, una testimonial, etc.). Por su parte, me referiré como elemento de prueba o indicio al contenido informativo que se extrae de un medio de prueba, el cual, en sí mismo, constituye una proposición acerca de un hecho (por ejemplo, en el caso de un testimonio, funge como elemento de prueba o indicio toda aquella información que se extrae acerca de los hechos sobre los que versa el propio testimonio). Finalmente, entenderé como objeto de prueba la proposición expresada por la premisa fáctica de la decisión. Sobre esa base, un elemento de prueba —en tanto proposición— constituirá una razón epistémica, siempre que pueda utilizarse en favor de otra proposición, más concretamente, siempre que sirva como una consideración que hace más probablemente verdadero el objeto de prueba. Esto último es importante, pues debe recordarse que las relaciones de carácter justificativo solo pueden darse entre entidades con contenido proposicional y no entre hechos aislados o entre estos y proposiciones o creencias. Para profundizar sobre la justificación epistémica y la prueba jurídica, véase Dei Vecchi (2020, cap. I).

lidad. El hecho de que la regla disponga que la manifestación de pertenencia a un género es el único medio de prueba capaz de acreditar la identidad de género de una persona, es lo mismo que imponer que solo este y ningún otro puede ser legalmente admisible (lo cual se robustece, por supuesto, con la regla 2 que establece una prohibición expresa al respecto). En ese sentido, la regla excluye la posibilidad de que la autoridad jurisdiccional evalúe si puede haber algún otro medio de prueba potencialmente relevante. Y anula esa posibilidad no porque no exista algún otro medio de prueba que guarde relación con el objeto de prueba o que sea capaz de alterar su estatus de justificación epistémica, sino simplemente porque, de acuerdo con el tribunal, hay razones suficientes para circunscribir la corroboración de la identidad de género a una única prueba (la manifestación).

Traducida de esa manera, es posible considerar que la limitación anterior tiene un carácter contra-epistemológico, en tanto restringe uno de los principios generales que rigen la investigación sobre los hechos; concretamente, aquel que establece que «cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión debe ser admitido como prueba en el proceso» (Ferrer Beltrán, 2007, p. 77). Con todo, su carácter contra-epistemológico no deriva simplemente de la vulneración de ese principio, sino de lo que ello implica a efectos de la averiguación de la verdad. Siguiendo a Gascón (2010, p. 119), en «la medida en que excluyen la posibilidad de utilizar ciertas pruebas y por ello, a veces, derivadamente, la posibilidad de probar ciertos hechos, estas reglas pugnan con el objetivo cognoscitivista de averiguación procesal de la verdad». Adicionalmente, dado que provoca el empobrecimiento del conjunto de pruebas, en última instancia incide en la probabilidad de acierto de la decisión, esto es, en la probabilidad de que el hecho que se tiene por probado (y que deriva en la imposición de una consecuencia jurídica), sea a su vez verdadero (Ferrer Beltrán, 2007, p. 68-69)²¹.

El hecho de que el voto mayoritario haya optado por sacrificar, en cierto grado, el objetivo de búsqueda de la verdad no es por sí mismo escandaloso²². Como se dijo antes, en el proceso interactúan distintos valores y finalidades que comparten pro-

²¹ Asumir que la regla que se analiza tiene el efecto de empobrecer el conjunto de pruebas, por supuesto presupone que existen otros medios de prueba capaces de aportar información sobre la identidad de género de una persona. Si bien esto se puede discutir, por ahora daré por sentado que es así, dado que este espacio resulta insuficiente para profundizar en esta cuestión. Aun así, me aventuro a decir que, al menos *a priori*, es posible pensar en otros medios de prueba capaces de aportar datos sobre la identidad de género de una persona: el testimonio de personas de su entorno, sus documentos oficiales, en caso de haber sido modificados (algo que el propio tribunal apunta), evidencias sobre cómo se asume públicamente (en redes sociales, por ejemplo), por mencionar algunos. Esto no excluye, por supuesto, que existan casos en los que la persona ostenta públicamente un género distinto a aquel con el que realmente se identifica. Estos, claramente, serán los casos difíciles. Aun así, que existan casos difíciles no excluye la posibilidad de que se abra el debate respecto a cómo probar la identidad de género cuando esta constituye el objeto de la controversia judicial.

²² Se puede decir que el sacrificio es parcial y no total, dado que la imposición de la regla no implica que sea imposible alcanzar una determinación verdadera de los hechos, sino que simplemente conlleva,

tección jurídica con este objetivo y que, en ocasiones, se consideran jurídicamente relevantes hasta el punto de prevalecer sobre este último. El ejercicio de esta facultad, sin embargo, no puede ser indiscriminado: si el objetivo de búsqueda de la verdad posee prioridad estructural en el proceso judicial —dado que de él depende en modo considerable la función motivacional del derecho—, es necesario que existan razones suficientes que justifiquen prescindir de él, aunque sea de modo parcial.

Antes de profundizar en las consideraciones del voto mayoritario al respecto, vale la pena analizar la regla identificada con el número 2, toda vez que los argumentos que formuló el tribunal para justificar ambas reglas son esencialmente los mismos. De acuerdo con lo que se especificó en el apartado previo, la regla 2 establece la prohibición de cuestionar o solicitar prueba alguna sobre la identidad de género que una persona afirma tener, más allá de la manifestación que realice sobre el género con el cual se identifica. Esta regla puede ser clasificada como una disposición encausada a regular un aspecto relacionado con la actividad probatoria, pues a diferencia de la anterior, que se ocupa de un medio de prueba en específico, esta prescribe una prohibición general en torno a la práctica de cualquier tipo de actividad probatoria que tenga por objeto controvertir la identidad de género de la persona involucrada.

La incidencia que tiene esta regla en relación con el objetivo de averiguación de la verdad es idéntica a la del supuesto anterior. Como destaca Gascón (2010, p. 117), la «limitación más importante al uso libre de medios probatorios tiene lugar cuando se establece que no se podrán probar ciertos hechos más que con determinados medios de prueba» o, lo que es lo mismo, cuando se prohíbe la práctica de cualquier tipo de actividad probatoria más allá de la que se vincula estrictamente con el único medio de prueba permitido. En este tipo de casos, sostiene la autora, resulta particularmente difícil hacer una interpretación conforme con las exigencias de la regla epistemológica que prescribe que se debe poder usar cualquier medio capaz de aportar información relevante sobre los hechos que se juzgan. En esa medida, es dable afirmar que la regla de referencia resulta igualmente de naturaleza contra-epistemológica.

Las razones en que se basó el voto mayoritario para justificar la adopción de las reglas citadas son consideraciones preponderantemente normativas que tienen que ver con la tutela de ciertos valores, en concreto, con la garantía a la libertad de conciencia y los derechos a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad, vinculada con la autonomía de la persona²³.

A ese respecto, el tribunal concluyó que, dado que la identidad de género es una de las expresiones fundamentales de ese abanico de derechos, exigir que una persona

como afirma Ferrer Beltrán (2007, p. 78), que las probabilidades de que ello ocurra, dado que el conjunto de pruebas es más pobre, serán más bajas.

²³ En adelante, prescindiré de discutir sobre el alcance de tales derechos y libertades y simplemente me centraré en analizar si, tal como los concibe el tribunal, estos se pueden ver vulnerados con la posibilidad de someter a prueba la identidad de género y si, por ende, está justificado sacrificar el objetivo de búsqueda de la verdad en aras de protegerlos.

pruebe su identidad de género con medios adicionales a la sola manifestación de pertenencia —medios tales como un comportamiento social específico, una apariencia física o cuerpo determinados, un estilo de vida en particular, un estado civil concreto, una determinada orientación sexual, algún grado de reconocimiento comunitario, etcétera— implicaría un trato discriminatorio y equivaldría a considerar que existen criterios de corrección de la identidad que residen en factores externos a la persona. Aunado a ello, sostuvo que resultaría inviable pretender que hubiese catálogos o criterios específicos que las autoridades pudieran tomar como parámetros objetivos e irrefutables de la identidad, dado que no todas las personas manifiestan su identidad sexo-genérica de la misma forma (§ 273-286, 335-337).

Al respecto, hay al menos dos aspectos sobre los que merece la pena reflexionar. Lo primero es preguntarnos si, en efecto, el hecho de someter a prueba la identidad de género vulnera los referidos derechos. Lo segundo es analizar si están disponibles otros medios distintos a las limitaciones probatorias impuestas por el tribunal, que pudiesen tener el mismo efecto sin entrar en conflicto con el objetivo de averiguación de la verdad.

En relación con la primera de dichas cuestiones, es posible intuir que la preocupación del tribunal radica en que, el hecho de someter a prueba la identidad de género, pueda conllevar la limitación al derecho que tiene cada persona de *a)* elegir el género con el que se identifica, de acuerdo con sus sentimientos y convicciones más profundas (libertad de conciencia) y *b)* adoptar libremente cualquier elección sobre su vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad (derechos a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad). Esto es así, toda vez que, en su opinión, permitir que se utilicen datos del mundo ajenos a la sola manifestación de pertenencia para corroborar la identidad de género que una persona afirma tener, implicaría admitir, al menos de forma implícita, que existen criterios de corrección de la identidad que residen en factores externos a la persona, lo cual resultaría discriminatorio y, al parecer, restringiría el pleno ejercicio de tales derechos.

El principal problema con la argumentación anterior, a mi juicio, radica en afirmar que la admisión de medios de prueba tendientes a acreditar la verdad o falsedad de la proposición «x es una mujer trans» lleva implícita la asunción de que existen formas correctas o incorrectas de manifestar la identidad. En contra de lo que sostiene el tribunal, admitir que la identidad de género se puede inferir a partir de ciertos datos del mundo externo, distintos a la manifestación de pertenencia, no significa que se esté asumiendo que existe una forma «correcta» o «incorrecta» de expresar la identidad. Lo único que se asume, en todo caso, es que existen datos, adicionales a la manifestación, que pueden dar cuenta de la identidad de género de una persona. Qué datos sean pertinentes para ello es una discusión distinta que, en efecto, requiere tener precaución de no incurrir en visiones estereotipadas sobre el género y particularmente sobre la expresión del género.

Es innegable que, al ser la identidad de género un hecho interno —algo que se experimenta en el ámbito subjetivo—, quien tiene un conocimiento especialmente

fiable y menos sometido a error es precisamente la persona que lo experimenta. Este rasgo, que Moya (2006, p. 23) denomina «asimetría entre la primera y la tercera persona», es uno de los rasgos característico de la mente y de las propiedades mentales: existe una asimetría entre la forma en que cada persona conoce sus propios estados mentales, tanto intencionales como fenomenológicos, y el modo en el que conoce los estados mentales de las demás. Tal como afirma este autor, los estados mentales de las otras personas (sus creencias, deseos, intenciones, sentimientos, sensaciones, etcétera) son susceptibles de ser conocidos a partir de la observación de su comportamiento tanto lingüístico como extralingüístico. Este conocimiento tiene presumiblemente carácter inferencial: nos basamos en la evidencia del comportamiento de los otros para atribuirles determinados estados mentales.

Esa forma de razonar acerca de los estados mentales de las demás personas es algo con lo que solemos estar altamente familiarizadas. Por ejemplo, es dable inferir que una persona que se sonroja, frunce el ceño, levanta la voz y mueve bruscamente los brazos está enojada. Para llegar a esa conclusión, utilizamos dentro de nuestro razonamiento la generalización según la cual, al menos en el contexto social en el que nos desarrollamos, las personas que experimentan enojo, por lo regular, expresan su emoción de esa manera. Utilizar una afirmación de esta naturaleza, sin embargo, nada tiene que ver con evaluar la corrección o incorrección del tipo de reacciones que usualmente lleva aparejado el enojo. Lo único que encierra es un enunciado que expresa una cierta regularidad que nos permite correlacionar un tipo de comportamiento con una emoción específica. En ese sentido, no se trata de una evaluación valorativa que nos permita concluir si el comportamiento observado está bien o mal, si es correcto o incorrecto. Lo que nos permite concluir, en todo caso, es que, dado que el comportamiento observado satisface buena parte de los criterios acerca de cómo suele manifestarse externamente la emoción del enojo, es dable considerar que esa persona, que se comporta de esa manera, está enojada.

Lo que quiero evidenciar con esto es que, a diferencia de lo que asume el tribunal, utilizar datos del mundo externo para atribuir un estado mental a una persona no se traduce en la imposición de parámetros de corrección o de asunciones valorativas. En lo que se traduce, más bien, es en admitir que la única forma de conocer los estados mentales de los otros es mediante la observación de su comportamiento. Lo cual conlleva admitir, a su vez, que la forma en que podemos acceder a ese conocimiento es mediante un razonamiento de carácter inferencial que, en efecto, en muchas ocasiones se vale de enunciados que expresan regularidades.

Lo que no se debe perder de vista, sin embargo, es que ese tipo de enunciados son derrotables. Las generalizaciones constituyen afirmaciones de carácter contingente que dependen para su corrección de la posibilidad de ser contrastadas con los hechos. Por lo tanto, es posible que apliquen en una gran mayoría de casos, pero no necesariamente en el actual. En ese sentido, imponen la obligación de corroborar si resultan pertinentes en el caso concreto; cuestión que no sería en absoluto novedosa para las autoridades jurisdiccionales, quienes están habituadas a razonar sobre los he-

chos (internos y externos) mediante inferencias probatorias que, como se sabe, están sujetas a los criterios generales de la lógica y de la racionalidad.

Ahora, no pasa desapercibido que una de las formas en que se han caracterizado los estereotipos, en particular los descriptivos, es precisamente como generalizaciones que atribuyen una propiedad a las personas integrantes de un grupo, por el solo hecho de pertenecer a él (Arena, 2016, p. 52-53)²⁴. Dada su estructura y el tipo de información que aportan es fácil que las autoridades jurisdiccionales recurran a ellos (como máximas de experiencia) al momento de pronunciarse sobre los hechos. Y tal vez es esta la preocupación a la que se dirige la decisión del tribunal: el temor a que la libertad de proponer y admitir cualquier medio de prueba que satisfaga los criterios de admisibilidad pudiese conducir a que se refuercen estereotipos de género. De ahí que considere, tal vez, que esa libertad lleva implícita la asunción de que existen formas correctas e incorrectas de expresar la identidad de género. No obstante, aun cuando esa fuera su preocupación genuina, parece que imponer una limitación probatoria tan estricta como la que dispuso, resulta demasiado costoso, asumiendo que podría estar disponible alguna otra alternativa capaz de lograr la misma finalidad²⁵.

Esto me lleva a la segunda cuestión sobre la que me interesa reflexionar. He mencionado antes que el objetivo de búsqueda de la verdad posee prioridad estructural en

²⁴ Sobre la distinción entre estereotipos descriptivos y normativos, véase Arena (2016; 2019; 2022a, cap. 3); Schauer (2003; 2022, cap. VII). Para una crítica a la visión cognoscitivista de los estereotipos, véase Ghidoni y Morondo (2021); Ghidoni (2022, cap. VIII).

²⁵ Es cierto que, además de lo que he mencionado hasta ahora, existe un argumento adicional vinculado con la restricción al derecho a la vida privada y a la intimidad, que bien podría hacerse valer para justificar las limitaciones probatorias impuestas por el tribunal. Me refiero a considerar que la necesidad de circunscribir la acreditación de la identidad de género a la sola manifestación de pertenencia podría tener por objeto evitar que se ventilen aspectos de la vida privada que pudiesen lesionar de modo inadmisiblemente a las personas involucradas (agradezco a Diego Dei Vecchi por hacerme notar este aspecto). No obstante, me limitaré simplemente a anunciar este punto sin profundizar demasiado al respecto, en primer lugar, porque se trata de una cuestión que no fue tratada por el tribunal y, en segundo lugar, porque tal argumento no necesariamente conlleva considerar justificada la referida limitación probatoria. En efecto, existen distintas cuestiones que se pueden analizar sobre el particular, empezando por traer a colación el criterio que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha sostenido en distintos precedentes (véase, por ejemplo, el amparo directo en revisión 2044/2008 y los amparos directos 6/2009, 28/2010 y 3/2011), en el cual ha establecido que la regla según la cual las personas que desempeñan o han desempeñado responsabilidades públicas, así como aquellas que se postulan como candidatas para desempeñarlas, tienen un derecho a la intimidad y al honor con menos resistencia normativa general que el que asiste a los ciudadanos y ciudadanas ordinarias. De acuerdo con el Alto Tribunal, esto atiende a motivos estrictamente ligados al tipo de actividad que han decidido desempeñar, que exige un escrutinio público intenso de sus actividades, lo cual conlleva, por ejemplo, la difusión de datos que, pudiendo calificarse como privados desde ciertas perspectivas, guardan clara conexión con aspectos que es deseable que la ciudadanía conozca para estar en condiciones de juzgar adecuadamente la actuación de quienes adquieren el carácter de figuras públicas por el cargo que desempeñan o que pretenden desempeñar.

Refiero lo anterior solo a efecto de evidenciar que la cuestión respectiva estaría igualmente sujeta a debate. Un debate que excede los objetivos de este texto, pero que al menos vale la pena anotar.

el proceso judicial y, por ende, cualquier restricción debe estar debidamente justificada. Uno de los criterios para evaluar la racionalidad de una regla que impone límites a ese objetivo es, por un lado, analizar si resulta adecuada para alcanzar la finalidad que la motiva y, por otro, descartar que exista algún otro medio disponible que permita alcanzar el fin deseado, sin entrar en conflicto con el objetivo de averiguación de la verdad. En ese contexto, la regla estará justificada siempre que el sacrificio epistemológico que representa sea el único medio eficaz para conseguir el fin propuesto (Ferrer, 2007, p. 79).

Analicemos, pues, el primer extremo de ese criterio. Si como vimos párrafos atrás, la finalidad de las reglas 1 y 2 es evitar que ingresen al proceso medios de prueba que pudiesen provocar que las autoridades jurisdiccionales refuerzan estereotipos de género mediante su razonamiento²⁶, es dable considerar, al menos *a priori*, que restringir la conformación del conjunto de pruebas a un único medio de prueba puede cumplir potencialmente con esa finalidad. No veo cómo se podría incurrir en reforzar un estereotipo de género al pronunciarse sobre la admisibilidad, cuando la propia regla anula prácticamente la necesidad de llevar a cabo cualquier tipo de razonamiento, dado que directamente impone que la manifestación de pertenencia es legalmente admisible y que ningún otro medio de prueba podría adquirir ese carácter.

Digamos, entonces, que la regla pasa el primer filtro. Lo que resta ahora determinar es si resulta la alternativa más eficaz para conseguir el fin propuesto o si existe algún otro medio disponible que permita alcanzar ese fin sin entrar en conflicto con el objetivo de averiguación de la verdad. Al respecto, no hay que indagar demasiado para identificar que, si la preocupación del tribunal es evitar que las autoridades jurisdiccionales refuerzan estereotipos de género, el énfasis tendría que estar no en limitar que ingresen al proceso todos los medios de prueba relevantes para la acreditación de los hechos, sino en el razonamiento que llevan a cabo tanto al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad como en los diferentes momentos de la actividad probatoria.

Adoptar la postura contraria, es decir, restringir el conjunto de pruebas a un único medio de prueba, simplemente evade el problema. Se opta por limitar rigurosamente y con un alto coste la actividad probatoria, en lugar de denunciar abiertamente el riesgo que suponen los estereotipos de género en este tipo de casos, así como analizar y hacer explícito de qué manera pueden influir en el juicio sobre la admisibilidad, en la práctica de las pruebas, en la valoración probatoria y en la decisión sobre los hechos probados²⁷.

²⁶ Opto por entenderlo de esta manera, pues, de lo contrario, directamente se podría concluir que las reglas adoptadas no están justificadas, puesto que la incorporación al proceso de medios de prueba distintos a la sola manifestación de pertenencia no parece restringir los derechos a que refiere el tribunal, en la medida en que ello no implica que se esté asumiendo, de manera implícita, que existen formas correctas o incorrectas de expresar la identidad de género.

²⁷ Hay una cuestión adicional respecto a la utilización de estereotipos de género en este tipo de casos que no me es posible abordar aquí, pero sobre la que parece indispensable reflexionar y que me

Tratar desde esa óptica el problema sobre la influencia de los estereotipos de género en la labor jurisdiccional no solo es más útil y permite abrir el debate a las cuestiones más urgentes sobre los casos en que se controvierte la identidad de género, sino que, además, sería conforme con una de las posturas que goza de mayor consenso en la actualidad²⁸. Me refiero a aquella que pugna porque las personas encargadas de impartir justicia estén lo suficientemente capacitadas en estas cuestiones como para poder *a)* identificar los estereotipos inmersos en las normas jurídicas, en los hechos del caso o en el razonamiento que llevan a cabo a lo largo del proceso y al pronunciarse sobre la controversia, *b)* nombrarlos explícitamente y bajo el rubro «estereotipo», *c)* identificar sus modalidades y *d)* combatirlos o al menos sentar las bases para que puedan combatirse²⁹.

Una estrategia como la anterior, tiene distintos puntos a favor. En primer lugar, anula la necesidad de recurrir a cualquier regla de exclusión, con lo cual evita tener que sacrificar el objetivo de averiguación de la verdad. En segundo lugar, resulta igualmente eficiente para la finalidad de evitar que se refuercen estereotipos de género en los casos en que la identidad de género figura como el centro de la controversia, tendiendo, incluso, un alcance potencialmente mayor, dado que denuncia las distintas formas en que esas figuras pueden incidir en los diferentes momentos de la actividad probatoria, imponiendo así una suerte de deber reforzado a las autoridades jurisdiccionales en este tipo de casos. En tercer lugar, permite abrir el debate para

gustaría destacar. En años recientes ha tomado fuerza la idea de que los estereotipos tienen un cierto aporte cognitivo y, por ende, cumplen importantes funciones —no siempre perniciosas— tanto a nivel individual como colectivo (véase, Campbell [1967]; Brown [2010]; Tajfel [1969]; Schauer [2003]). Esto ha permitido abrir el debate respecto a si sería dable utilizar cierto tipo de estereotipos en el razonamiento judicial, bajo determinados criterios y con ciertas limitaciones (véase, particularmente, Arena [2016; 2019; 2022b, cap. VI]). La discusión sobre este punto podría resultar especialmente relevante para los casos en que se somete a prueba la identidad de género, toda vez que, si tomamos en cuenta que la autopercepción como hombres o mujeres está estrechamente vinculada con el imaginario socialmente construido en torno al género, parecería que tendríamos que preguntarnos si en estos casos invariablemente habremos de recurrir a ciertos estereotipos vigentes en el contexto dentro del cual se enmarca la controversia judicial. Afirmando que existe un vínculo entre la identidad y la forma en que culturalmente está construido el género, pues —al menos intuitivamente— parece claro que no podemos identificarnos con algo si no tenemos al menos un referente mínimo de ese algo, es decir, no podemos identificarnos en un vacío. Admitir lo contrario, particularmente en el tema de la identidad de género, entraría en conflicto con la premisa de que el género no es biológico, sino socialmente construido.

²⁸ Aunado a lo anterior, esta alternativa iría en la línea de lo que implica, en el caso mexicano, la obligación de juzgar con perspectiva de género, la cual incluye expresamente la obligación de desechar cualquier estereotipo de género al momento de analizar los hechos y las pruebas del caso. Sobre los alcances de esta obligación, que, además, es de observancia para todas las autoridades jurisdiccionales del país, véase el Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020). Asimismo, sobre la obligación que tienen las autoridades al resolver casos en los que se ve involucrada, entre otras cuestiones, la identidad y expresión de género, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022).

²⁹ Esta visión es la que sostiene, en esencia, la denominada «teoría anti-estereotipos». Para profundizar al respecto, véase Arena (2022a, cap. 1); Cook y Cusack (2010); Franklyn (2010); Timmer (2011).

empezar a pensar con mayor profundidad cómo probar la identidad de género en el proceso judicial³⁰. Finalmente, resuelve un problema adicional: el de la tensión que enfrentan las reglas probatorias adoptadas por el tribunal con el derecho a la prueba y el derecho de acceso a la justicia.

Respecto a esa última cuestión, si como afirma Ferrer Beltrán (2022, p. 68), uno de los elementos que compone el derecho a la prueba es el de la potestad de las partes de poder utilizar todas las pruebas de que disponen para demostrar la verdad de los hechos en que fundan su pretensión, está claro que una limitación probatoria como la impuesta por el tribunal entra en conflicto con este derecho. Además, es dable sostener que entra en tensión con el derecho de acceso a la justicia, toda vez que anula por completo la posibilidad de que se judicialicen casos en los que el objeto de la controversia es la identidad de género que una persona afirma tener. En efecto, si la manifestación que hace una persona sobre el género con el cual se identifica es el único medio de prueba para acreditar la identidad y no existe posibilidad de aportar ningún otro al respecto, entonces no existe la posibilidad de ejercer acción alguna que pueda conducir a controvertir la identidad de género. Resultaría absurdo instar a proceso si de antemano se sabe que no se puede aportar medio de prueba alguno en contra de la manifestación³¹.

La determinación de que prevalezcan las reglas probatorias respectivas en desmedro de los referidos derechos solo sería admisible si estuviera justificada en la protección de algún otro derecho fundamental. Sin embargo, como he intentado mostrar previamente, los argumentos del tribunal respecto a la protección de la libertad de conciencia y de los derechos a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad resultan insuficientes. Esto aunado a que existe una alternativa distinta para hacer frente a la que parece ser la preocupación que motivó la decisión del voto mayoritario: evitar que las autoridades jurisdiccionales pudiesen reforzar estereotipos de género mediante su razonamiento.

³⁰ Discutir al respecto parece cada vez más urgente, pues, desafortunadamente, el caso de México no es excepcional. Recientemente, por ejemplo, en Ecuador un hombre solicitó el cambio de sus documentos oficiales para hacer constar que se identifica con el género mujer con la única finalidad, según declaró ante un medio de comunicación, de obtener la custodia de sus dos hijas. En Suiza, un hombre pidió igualmente el cambio de sus documentos oficiales, al parecer, con el objetivo de acceder a la jubilación a los 64 años (como sucede con las mujeres) y no a los 65 (como se requiere para los hombres). Un caso similar se suscitó en Argentina. Estos ejemplos ponen en evidencia que los órganos jurisdiccionales tarde o temprano tendrán que enfrentarse a controversias en las que lo que se cuestiona abiertamente es la identidad de género que una persona afirma tener. Evadir la responsabilidad de pensar con mayor seriedad cómo hacer frente a los problemas probatorios que suponen estos casos, abona a seguir trivializando la experiencia de quienes, en efecto, tienen una identidad que no se corresponde con el sexo que les fue asignado al nacer.

³¹ Taruffo (citado por Ferrer Beltrán [2007, p. 55]) destaca algo parecido, aunque pronunciándose sobre el derecho a la prueba, cuando advierte que «la limitación de los medios de prueba admisibles puede conllevar un impedimento absoluto para la parte procesal de probar los hechos en los que funda su pretensión cuando las únicas pruebas de que dispone son precisamente del tipo que legalmente no se considera admisible».

Con lo dicho hasta el momento, es sencillo intuir que la regla 3 que resta por analizar, difícilmente se podría considerar justificada. Aun así, vale la pena evaluar puntualmente su racionalidad a efecto de resaltar algunas cuestiones que servirán para lo que pretendo desarrollar en el último apartado.

2.1.2. *Una aparente regla de prueba tasada y su impacto en la adopción de la decisión sobre los hechos*

Como se recordará, la regla identificada con el número 3 expresa lo siguiente: «La manifestación de pertenencia a un género es suficiente para tener por acreditada la identidad de género que una persona afirma tener, siempre que sea cierta, libre y espontánea». Valiéndonos una vez más de la clasificación propuesta por Ferrer, esta regla podría considerarse una regla sobre el resultado probatorio. Hablar de «resultado probatorio», sin embargo, adolece de una cierta ambigüedad³².

Es posible advertir al menos tres sentidos distintos en los que podemos entender esa expresión: *a)* resultado probatorio como el producto de la valoración individual; *b)* como el producto de la valoración conjunta; o *c)* como la determinación del nivel de suficiencia de la hipótesis, en términos del estándar de prueba que se utilice. En el primer sentido, el resultado depende del grado de fiabilidad, relevancia, pertinencia y utilidad que se reconoce a un elemento de prueba en particular. En el segundo sentido, en cambio, el resultado deriva de la inferencia probatoria que se lleva a cabo, así como de la constatación del grado de solidez de esta inferencia, lo cual, en su conjunto, permite obtener el grado de corroboración o apoyo empírico que tiene una determinada hipótesis (González Lagier, 2022, p. 355). En el tercero, por su parte, dicho resultado proviene del contraste entre el grado de corroboración de la hipótesis y las exigencias que impone el estándar de prueba para tenerla por probada.

Como mencioné antes, la regla que interesa es una regla sobre el resultado probatorio. Y lo es en los tres sentidos de esa expresión. En primer lugar, es posible considerar que la regla incide en la valoración individual de la prueba, pues por sí misma constituye una suerte de regla tasada: si la manifestación de pertenencia cumple con los criterios de libertad, certeza y espontaneidad, entonces merecerá valor de prueba plena de la identidad de género. Al ser una regla de prueba tasada, lo único que requiere de la autoridad jurisdiccional es la corroboración de que tales criterios se encuentran satisfechos para, sobre esa base, producir «resultados vinculantes e incontestables» (Taruffo, 2002b, p. 392).

En segundo lugar, es al mismo tiempo una regla que cobra vigencia al momento de la valoración conjunta. De acuerdo con lo que dispone, el grado de corroboración de la hipótesis dependerá, a todo o nada, del valor que se haya otorgado a la manifestación de pertenencia, pues al ser este el único medio capaz de acreditar la identidad

³² Agradezco a Edgar Aguilera por hacerme notar este punto.

de género —porque así lo disponen, a su vez, las reglas 1 y 2— esta otorgará pleno apoyo empírico a la hipótesis en caso de satisfacer los criterios de libertad, certeza y espontaneidad, y no aportará ninguno en caso de no hacerlo.

En tercer lugar, la regla referida impacta en la determinación del nivel de suficiencia de la hipótesis, pues, prescindiendo de cualquier estándar de prueba, directamente establece que la manifestación de pertenencia será suficiente para tener por acreditada la identidad de género, siempre que esta sea cierta, libre y espontánea.

Como es evidente, la regla anterior entra en conflicto directo con el objetivo de averiguación de la verdad, toda vez que excluye cualquier valoración efectiva sobre la eficacia de la prueba y, en consecuencia, impide cualquier juicio en términos de aproximación a la verdad empírica del hecho (Taruffo, 2002b, p. 398). Al tener este efecto, las reglas de prueba tasada son por sí mismas irracionales. Aun así, resulta interesante profundizar al respecto y evaluar si cumple con la finalidad propuesta y si no existe algún otro medio menos lesivo para lograr el mismo resultado.

Para ello, partiré de la base, como hice antes, de que la finalidad de la regla es evitar que las autoridades jurisdiccionales refuercen estereotipos de género, ahora al valorar la prueba y al adoptar la decisión sobre los hechos probados. Al respecto, si solo tomamos en cuenta la primera parte de la disposición que nos ocupa, esto es, la parte que dispone que la manifestación de pertenencia es suficiente para tener por acreditada la identidad de género, bien puede considerarse que resulta pertinente para cumplir con la finalidad propuesta, dado que no requiere de la autoridad un genuino ejercicio de valoración. El problema se suscita, sin embargo, cuando el tribunal introduce el referido catálogo de requisitos con los que debe cumplir la manifestación de pertenencia.

Aunque no queda claro cuáles son los alcances de esos requisitos, dado que nada se dice en la sentencia, es fácil deducir que los de la libertad y espontaneidad no representan mayor riesgo de que la autoridad jurisdiccional recurra a estereotipos de género para determinar si, en el caso actual, se encuentran satisfechos. No obstante, con el requisito de certeza parece ser más dudoso. Veamos.

¿Qué implicaría afirmar que la manifestación es «cierta»? Aquí hay al menos dos sentidos que podrían resultar pertinentes: decir que la manifestación es «cierta» es decir que es «auténtica», o bien, decir que la manifestación es «cierta» es decir que es «verdadera». En el primer sentido, determinar si es cierta (o auténtica) únicamente requeriría corroborar que quien la suscribió es la persona respecto de la cual se pretende acreditar la identidad de género. En este escenario, parece no haber peligro de que se utilice ningún estereotipo de género en el razonamiento. En el segundo sentido, en cambio, la autoridad jurisdiccional tendría que pronunciarse sobre la verdad o falsedad de la manifestación. Esto, en estricto sentido, conllevaría pronunciarse sobre si la afirmación «x es una mujer trans» es verdadera o falsa. Y aquí volveríamos al problema de raíz: lo que se estaría cuestionando es propiamente la identidad de género,

aunque esta vez por conducto de la manifestación. En un supuesto como este, está claro que la regla no podría alcanzar la finalidad propuesta.

Supongamos por caso que estamos en el primer escenario y que la regla cumple la finalidad propuesta. En estas circunstancias, faltaría analizar si existe algún otro medio disponible para alcanzar la misma finalidad sin entrar en conflicto con el objetivo de búsqueda de la verdad. Y aquí resultan igualmente pertinentes los argumentos que expresé sobre este punto en el apartado previo. Hay una vasta literatura sobre la influencia de los estereotipos en el razonamiento judicial, particularmente en el aspecto relacionado con la valoración probatoria. Los textos sobre perspectiva de género han prestado especial atención a esta cuestión y han ido refinando las estrategias para hacer frente a los efectos nocivos que provocan los estereotipos. En ese sentido, no veo la necesidad de imponer una regla tan costosa para el objetivo de búsqueda de la verdad cuando existen formas especialmente efectivas para la finalidad pretendida y hay, incluso, quienes afirman que tienen la potencialidad de trascender al caso concreto³³.

Adoptar un enfoque como el anterior, tal como sucede en el caso de las reglas 1 y 2, permite, además, evitar el conflicto con el derecho a la prueba, el cual en esta ocasión se ve restringido, dado que la regla hace incontestable por las partes la afirmación del hecho, puesto que excluye la posibilidad de aportar pruebas contrarias que eventualmente puedan influir en su determinación (Taruffo, 2002b, p. 401). Esto es así, incluso a pesar de que la regla dispone un conjunto de criterios que debe cumplir la manifestación de pertenencia y que podrían servir para que la contraparte intentara acreditar que no se satisfacen. No obstante, esta no es una alternativa con la que cuentan, toda vez que, de acuerdo con la regla 2, está expresamente prohibido aportar medios de prueba que tengan por objeto controvertir la identidad de género. Y esto parece poder ampliarse a la imposibilidad de controvertir la manifestación, puesto que, combatir que no satisface los requisitos de libertad, certeza o espontaneidad, en última instancia conlleva afirmar que la manifestación (su contenido) es falsa (salvo en el caso de la certeza entendida como autenticidad).

2.1.3. *Recapitulación*

De lo argumentado en este apartado es posible concluir que las reglas 1, 2 y 3 adoptadas por el voto mayoritario carecen de justificación. Primero, porque no existen razones suficientes para considerar que la incorporación a proceso de otros

³³ Por ejemplo, quienes suscriben la postura antiestereotipos, consideran que las personas impartidoras de justicia deben asumir en sus sentencias un rol pedagógico, esto es, que deben preocuparse por incidir también en la esfera social, promoviendo cambios en los modos estereotipados de hablar, pensar y percibir a las demás (Arena, 2002b, p. 87). Esto, a su parecer, es la estrategia más eficiente para lograr que se erradiquen paulatinamente todos aquellos estereotipos depositarios de las significaciones culturales que permiten consolidar los esquemas de desigualdad basados en criterios de identidad como el género, la discapacidad, el origen nacional, la orientación sexual, etcétera.

medios de prueba, más allá de la sola manifestación de pertenencia a un género, vulneren la libertad de conciencia y los derechos a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad y a la identidad, al menos a la luz de las consideraciones en que se basó el tribunal. Segundo, porque, aun cuando se admitiera que la finalidad del tribunal para imponer las reglas referidas es la de evitar que las autoridades jurisdiccionales pudiesen reforzar estereotipos de género, existe una alternativa distinta, capaz de lograr esa finalidad sin entrar en conflicto con el objetivo de averiguación de la verdad ni con el derecho a la prueba y al acceso a la justicia.

2.2. El alcance de las reglas probatorias adoptadas.

Una forma disimulada de someter a prueba la identidad de género

Puede ser que los argumentos desarrollados en el apartado anterior no resulten convincentes y, por el contrario, se concuerde con la determinación del voto mayoritario de imponer las reglas probatorias respectivas en aras de proteger ciertos derechos fundamentales. Si así fuera, restaría ahora analizar de forma crítica el criterio del tribunal, ya no por sus presupuestos de partida, sino por sus efectos.

Al respecto, me limitaré a señalar tres aspectos que considero los más problemáticos. En primer lugar, argumentaré que tomar en consideración ciertos elementos del contexto para corroborar los requisitos de certeza, libertad y espontaneidad que debe cumplir la manifestación de pertenencia termina por cuestionar la identidad de género, aunque de forma disimulada. En segundo lugar, sostendré que las exigencias que se imponen sobre el grado de corroboración que deben tener tanto la manifestación como la presunta finalidad de obtener con ella un beneficio indebido resultan poco claras y difíciles de satisfacer. Por último, argüiré que el criterio del tribunal deriva en la vulneración de uno de los principios generales de la prueba más importantes: el de contradicción.

Vayamos a la primera de dichas cuestiones. Una vez que en la sentencia se delimitó el conjunto de reglas probatorias pertinentes para los casos en que se controvierte la identidad de género, es fácil suponer que surgió para el tribunal un dilema importante: ¿cómo sostener las limitaciones a la posibilidad de someter a prueba la identidad de género y, al mismo tiempo, hacer frente al alegato central de la controversia relativo a que diecisiete candidatos registrados como mujeres trans en realidad no se identificaban como tal? Para hacer frente a este problema, el tribunal optó por imponer una serie de requisitos a la manifestación de pertenencia, de los cuales hizo depender su valor como prueba plena de la identidad. Esto le permitió redirigir el foco de atención ya no hacia las personas cuya identidad de género se cuestionaba (a su comportamiento, antecedentes, etcétera), sino hacia el contexto en el que sobrevinieron las manifestaciones de pertenencia respectivas.

Visto así, la estrategia parece exitosa: se juzga el contexto y no a la persona. Sin embargo, ¿qué quiere decir exactamente que el contexto evidencie que la manifesta-

ción de pertenencia no es cierta, libre o espontánea? Lo que quiere decir, a mi juicio, es que existen ciertos datos del mundo que hacen menos probable que dicha manifestación sea verdadera, más concretamente, que es menos probable que la proposición que encierra dicha manifestación («x es una mujer trans») sea verdadera. Y esto, en última instancia, implica cuestionar la identidad de género. De ahí, por ejemplo, que se adviertan en la sentencia afirmaciones tales como que se trata de «supuestas autoadscripciones de candidatos registrados inicialmente como hombres» (§ 353), lo cual no es otra cosa que decir que se trata de autoadscripciones falsas.

Ahora, es cierto que una alternativa como la adoptada por el tribunal excluye la necesidad (y la posibilidad misma) de someter a escrutinio aspectos de la vida de las personas tales como su comportamiento, apariencia, antecedentes sobre el género con el que se identifican públicamente, etcétera. No obstante, esto es posible en el supuesto que se analiza en buena medida porque los hechos del caso fácilmente permiten dudar de la manifestación de pertenencia. Sin embargo, parece poco realista considerar que en todos los casos será tan sencillo como en este. El problema que supone el criterio sentado por el tribunal para ese otro tipo de casos es que resulta poco claro para saber cuál es el margen de acción que pueden tener las partes para presentar medios de prueba tendientes a acreditar elementos del contexto, así como para conocer sobre qué base las autoridades jurisdiccionales deberán considerar si tales medios de prueba están o no orientados a cuestionar la identidad de género.

Este último punto está íntimamente ligado a la segunda cuestión que me interesa discutir. De acuerdo con lo que dispuso el tribunal, el carácter libre, cierto y espontáneo de la manifestación de pertenencia debe resultar «evidente». En consecuencia, si se llega a dar el caso que existan elementos «claros, unívocos e irrefutables» de que la manifestación se suscribió con la «finalidad de obtener un beneficio indebido, en perjuicio de los valores protegidos en el orden constitucional», el órgano electoral estará obligado a analizar la situación concreta (§ 328).

Al respecto, hay dos cuestiones que resultan llamativas. En primer lugar, es difícil entender a qué se refiere el tribunal cuando establece que el carácter libre, cierto y espontáneo de la manifestación de pertenencia debe ser «evidente». Dado que ninguno de los referidos requisitos se puede inferir de la sola manifestación de pertenencia —es decir, no es como que sean ostensibles— lo que parece sensato concluir es que el tribunal asume que tales requisitos se deben presumir satisfechos, salvo que existan elementos claros, unívocos e irrefutables de que la manifestación se suscribió con la finalidad de obtener un beneficio indebido, en perjuicio de los valores protegidos en el orden constitucional.

Dejando al margen el debate sobre las presunciones y sus implicaciones en materia de prueba³⁴, demos por sentado que la decisión de establecer una presunción

³⁴ Para una introducción a estos debates, véase, Dei Vecchi (2020, cap. III); Gascón (2010, p. 123-140); Tuzet (2021, cap. XIV).

al respecto, cuando menos, abre la posibilidad a que las partes puedan aportar medios de prueba con el objeto de derrotarla. Sin embargo, este no parece ser el caso. Inmediatamente después de la consideración a que he hecho referencia, el tribunal dispuso que la autoridad únicamente podrá tomar en cuenta los elementos de los que dispone en el caso actual, sin que exista la posibilidad de imponer cargas a las personas interesadas y mucho menos generar actos de molestia que pudiesen resultar discriminatorios (§ 328).

Lo anterior resulta desconcertante al menos por dos razones. En primer lugar, implica una limitación probatoria adicional que no podría encontrar justificación en las razones que dio el tribunal para adoptar las reglas probatorias analizadas en el apartado anterior, pues se supone, siguiendo su postura, que el contexto nada tiene que ver con cuestionar la identidad de género, si no ¿cómo podría el propio tribunal haberse basado en este para resolver la controversia? En segundo lugar, si las partes no pueden aportar prácticamente ningún otro medio de prueba más allá de la manifestación de pertenencia, asumo entonces que debe ser la autoridad resolutora quien directamente se allegue de tal información. Si esto es así, parece entonces que las partes no podrán saber cuáles fueron los elementos con los que contó para pronunciarse sobre los hechos hasta el dictado de la sentencia. Esto, sin duda, implicaría vulnerar el principio de contradicción, que es el tercer aspecto que me parece discutible.

Ahora, es cierto que un efecto como el anterior se podría solventar si la autoridad, en el momento procesal oportuno, diera vista a las partes para que conocieran cómo está integrado el conjunto de medios de prueba que eventualmente tomará en consideración como parte del contexto. Esto, en el mejor de los casos, permitiría que las partes estuvieran en condiciones de controlar dichos medios de prueba, es decir, de intervenir, discutir y eventualmente deducir otras pruebas antes de que se tome la decisión sobre los hechos. No obstante, es difícil saber si esto es posible. Primero, porque la sentencia nada dice al respecto y, segundo, porque, dadas las múltiples limitaciones probatorias que adoptó el tribunal, se desconoce si las partes efectivamente tendrían la posibilidad de ejercer tales facultades.

En suma, considero que el criterio adoptado por el voto mayoritario, aunque intenta encontrar una alternativa para atajar las distintas aristas de un caso tan complejo como este, tiene aspectos especialmente problemáticos que hacen dudar acerca de si realmente es necesario pagar costes tan altos o si, por el contrario, sería mejor abrir a debate la cuestión sobre la posibilidad de someter a prueba la identidad de género.

3. CONCLUSIONES

Más allá de cualquier conclusión particular a la que se pueda llegar a partir de los argumentos que he intentado formular a lo largo del texto, hay un aspecto más general que se evidencia con un caso como el que se analiza. Me refiero a la facilidad de caer en el error de considerar que solo existen dos alternativas posibles: o prohi-

bimos en aras de proteger a un grupo en condición de vulnerabilidad, como es el de las personas de la diversidad sexual, o permitimos que el proceso judicial se convierta en un espacio propicio para estigmatizar y dar cabida a actos de discriminación. Sin embargo, ¿esto es realmente así o, más bien, estamos frente a un falso dilema?

Lo que parece dejar al descubierto este caso es que tal vez repunte mayor beneficio aceptar que, hoy por hoy, desafortunadamente existen cada vez más casos de personas que hacen un uso indebido de la posibilidad de identificarse con un género distinto a aquel que les fue asignado al nacer, y que dejar impunes esos casos termina por trivializar la experiencia de las personas trans.

No se puede negar que los casos en que se cuestiona la identidad de género de una persona son complejos. Tampoco se puede obviar que el riesgo de caer en visiones estereotipadas sobre el género y en determinaciones que pudiesen redundar en actos de discriminación es alto. Sin embargo, sacrificar en un grado importante el objetivo de averiguación de la verdad en el proceso judicial parece ser una decisión que evade el problema. En ese sentido, es imprescindible abrir el debate, a todos los niveles, para refinar las ideas y, sobre esa base, empezar a desarrollar alternativas capaces de hacer frente a los retos que supone tomar en serio la diversidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Accatino, D. (2019). Teoría de la prueba: ¿somos todos «racionalistas» ahora? *Revus*, 39, 85-102.
- Arena, F. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual. *Revista de Derecho*, 29(1), 51-57.
- Arena, F. (2019). Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos. En V. Rizzo y S. Pezzano (Eds.), H. Bouvier y F. Arena (Dirs.), *Derecho y Control* (pp. 11-44). Ferreyra Editor.
- Arena, F. (2022a). *Los estereotipos detrás de las normas*. Toledo Ediciones.
- Arena, F. (2022b). Estereotipos y hechos en el proceso. En F. Arena (Coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (pp. 217-244). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Anderson, T., Schum, D. y Twining, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Marcial Pons.
- Andrés Ibáñez, P. (1998). «Carpintería» de la sentencia penal (en materia de «hechos»). *Revista del Poder Judicial*, 49, 393-428.
- Brown, R. (2010). *Prejudice: Its Social Psychology* (2a ed.). Blackwell.
- Butler, J. (2006) *Deshacer el género*, Paidós Ibérica.
- Butler, J. (2007) *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós Ibérica.
- Cabrera, A. (2004) «La diversidad y lo diferente», Cárcega, G. y Cruz, S. (eds.), *Sexualidades diversas. Aproximaciones para su análisis*, (pp. 145-157), PUEG.
- Campbell, D. (1967). Stereotypes and The Perception of Group Differences. *American Psychologist*, 22, 817-829.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de personas LGBTI en las Américas*.
- Cook, R. y Cusack, S. (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Universidad de Pennsylvania.
- Damaška, M. (1997). *Evidence Law Adrift*. Yale University Press.


- Fernández, M. y Vázquez, C. (2022). La conformación del conjunto de elementos de juicio: admisión de pruebas. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio* (pp. 137-212). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2a. ed.). Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2011). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. En J. Ferrer, M. Gascón, D. González Lagier y M. Taruffo, *Estudios sobre la prueba* (pp. 15-59). Fontamara.
- Franklyn, C. (2010). The Anti-Stereotyping Principle in Constitutional Sex Discrimination Law. *New York University Law Review*, 85, 83-173.
- Gascón, M. (2010). *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba* (3a. ed.). Marcial Pons.
- Ghidoni, E. (2022). Aproximación a los estereotipos como elementos del razonamiento judicial a través de las presunciones. En F. Arena (Coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (pp. 287-318). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ghidoni, E. y Morondo, D. (2022). El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio. *Discusiones*, 28(1), 37-70.
- González Lagier, D. (2022a). *Quaestio facti: ensayos sobre la prueba, causalidad y acción* (Vol. I). Palestra.
- González Lagier, D. (2022b). Inferencia probatoria y valoración conjunta de la prueba. En J. Ferrer Beltrán (Coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, (pp. 353-395). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Moya, C. (2006). *Filosofía de la mente* (2a. ed.). Publicaciones Universidad de Valencia.
- Schauer, F. (2003). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press.
- Schauer, F. (2022). Generalizaciones no espurias, estadísticas y conocimiento de los hechos. En F. Arena (Coord.), *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (pp. 249-279). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Stryker, S. (2017) *Transgender History. The Roots of Today Revolution*, (2a. Ed.), Seal Press.
- Stryker, S. y Whittle, S. (ed.) (2006), *The Transgender Studies Reader*, Routledge.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022). *Protocolo para juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*.
- Tajfel, H. (1969). Cognitive Aspects of Prejudice. *Journal of Social Issues*, 25, 79-97.
- Taruffo, M. (2002a). Algunas discusiones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*, 3(3), 15-41.
- Taruffo, M. (2002b). *La prueba de los hechos*. Trotta.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Timmer, A. (2011). Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 11(4), 707-738
- Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Marcial Pons.
- Twining, W. (1990). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays* (2a. ed.). Northwestern University Press.

Qf

 Marcial
Pons

 Càtedra
de Cultura
Jurídica

Universitat
de Girona

 Diputació de Girona

www.quaestiofacti.com